

**Die Zulässigkeit der Abwahl  
zwingenden nationalen Rechts in  
Schiedsvereinbarungen**

-

**Eine Untersuchung am Beispiel der**

**§§ 305 – 310 BGB**

**Sebastian Lenz**

Vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der  
Technischen Universität Darmstadt (D 17)

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

genehmigte Dissertation

von Herrn Rechtsanwalt Sebastian Lenz aus Darmstadt

über

**Die Zulässigkeit der Abwahl zwingenden nationalen Rechts in  
Schiedsvereinbarungen -**

**Eine Untersuchung am Beispiel der §§ 305 – 310 BGB**

1. Prüfer: Prof. Dr. Axel Wirth
2. Prüfer: Prof. Dr. Jochen Marly

Darmstadt 2017

Tag der Einreichung: 19.05.2017

Tag der Disputation: 23.10.2017

Nach Erlangung der Allgemeinen Hochschulreife studierte Herr Sebastian Lenz Rechtswissenschaften an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Nach Abschluss des Rechtsreferendariats am Landgericht Darmstadt und seiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. iur. Axel Wirth folgte die Zulassung zur Anwaltschaft durch die Rechtsanwaltskammer Frankfurt. Herr Sebastian Lenz ist in einer mittelständischen Rechtsanwaltssozietät schwerpunktmäßig im Bereich des Immobilien-, Bau- und Gesellschaftsrechts tätig.

## **Vorwort**

Mein Dank geht an erster Stelle an Herrn Prof. Dr. iur Axel Wirth für die Betreuung der Arbeit und die Idee zu ihrem entstehen. Bedanken möchte ich mich auch bei den Mitgliedern der Prüfungskommission für ihre Zeit und ihren Einsatz.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei meinen Kolleginnen und Kollegen für ihre Motivation und die Freiräume im beruflichen Alltag, ohne die die Fertigstellung kaum möglich gewesen wäre.

Mein ganz besonderer Dank richtet sich an meine Familie, insbesondere an meine bessere Hälfte für seine stets unermüdliche Unterstützung und Aufmunterung.

Die vorliegende Doktorarbeit wurde im Oktober 2017 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Technischen Universität Darmstadt angenommen. Die Disputation fand am 23. Oktober 2017 statt. Rechtsprechung und Literatur fanden bis Mai 2017 Berücksichtigung.

Darmstadt im Oktober 2017

Sebastian Lenz

# Inhaltsübersicht

<b>Einführung.....</b>	<b>1</b>
<b>A. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....</b>	<b>3</b>
I. Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	3
II. Grundlegung.....	6
1. Vertragsbedingungen .....	6
2. Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen .....	7
3. „Stellen“ .....	7
4. Keine Individualabrede .....	8
III. Die AGB-Inhaltskontrolle .....	8
<b>B. Problemansätze .....</b>	<b>9</b>
I. Das individuelle Aushandeln nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB .....	9
1. Aushandeln - mehr als bloßes „Verhandeln“ .....	10
2. Vertragsschluss im Rahmen von „Packet-Lösungen“ .....	14
3. „Dokumentationszwang“ der Verhandlungen.....	17
4. Reaktion – „Stellen“ unannehmbarer Klauseln und „scheinbares Nachgeben“ .....	18
5. Kontrollmaßstab des § 307 BGB als Standardfall .....	21
6. stärkeres Bedürfnis nach Risikoallokation .....	22
7. Verlust von Privatautonomie.....	22
II. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB im Lichte der „Gleichschritt-Rechtsprechung“ des BGH.....	23
1. Die Indizienkataloge der §§ 308, 309 BGB .....	23
2. Risiko der Unwirksamkeit formularmäßiger Haftungsbegrenzungs- und - freizeichnungsklauseln selbst im Unternehmerverkehr .....	25
3. Normzweck des § 310 Abs. 1 BGB.....	28
III. § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB – der Begriff der Rücksichtnahme auf im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche .....	29
1. Problem der fehlenden Kontur des Begriffs „Rücksichtnahme auf im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche“ .....	30
2. Problem der Maßgeblichkeitsüberzeugung .....	31
3. Der Begriff des „Handelsbrauchs“ .....	31
IV. Veränderung/Verschiebung der Wertungsmaßstäbe des BGB .....	34
V. Zwischenfeststellung .....	35

<b>C. Reform des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....</b>	<b>36</b>
I. Der Schutzzweck des AGB-Rechts des BGB.....	37
1. Rationalisierungseffekt, Lückenauffüllungseffekt, Risikoverteilung.....	37
3. Machtgefälle und fehlende Vertragsparität.....	39
4. Partielles Marktversagen – Schutz vor einseitiger Vertragsgestaltungsfreiheit.....	40
II. Zwischenergebnis .....	43
 <b>D. „Lösungsansätze“ zur „Umgehung“ der AGB-Inhaltskontrolle .....</b>	<b>45</b>
I. Änderung der nach geltender Rechtsprechung an das Kriterium des individuellen Aushandelns zu setzenden Anforderungen.....	46
II. Einführung einer Wertgrenze .....	47
III. Flexibilisierung des Prüfungsmaßstabes der „unangemessenen Benachteiligung“ des § 307 Abs. 1 BGB.....	48
IV. Doppeltes Differenzierungsgebot.....	48
V. Abkehr von der Indizienwirkung der Klauselkataloge der §§ 308, 309 BGB.....	49
VI. Kritik an bestehenden Lösungsansätzen.....	49
VII. Zwingende Geltung der §§ 305 - 310 BGB.....	51
VIII. Die Rechtswahl.....	53
1. Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht – Rom I-VO .....	53
a. Räumlicher Geltungsbereich.....	53
b. sachlicher Geltungsbereich .....	54
aa. Vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen .....	55
bb. Verbindung zum Recht mehrerer Staaten.....	55
c. Art. 2 Rom I-VO – „loi uniforme“ .....	57
2. Begriff und Rechtsnatur .....	57
3. kollisionsrechtliche und materiell-rechtliche Verweisung .....	59
4. Erfordernis eines Auslandsbezugs .....	60
5. Anforderungen an das Erfordernis des Auslandsbezugs des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ...	63
6. §§ 305 – 310 BGB als Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO .....	66
7. §§ 305 – 310 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO als zusammen gesetzte Eingriffsnorm.....	67
8. Zwischenfeststellung.....	68
IX. Die Schiedsvereinbarung.....	69

1. Ausgangsüberlegung .....	69
2. Schiedsvereinbarung .....	70
a. Grundlegung.....	70
b. Rechtsgrundlagen .....	73
c. Konkretes Rechtsverhältnis .....	76
d. Schiedsfähigkeit .....	76
e. Form.....	78
f. Rechtsfolge.....	78
3. Durchführung des Schiedsverfahrens .....	78
a. Adhoc – Schiedsverfahren .....	79
b. Institutionelle Schiedsgerichte.....	79
c. Verfahrensablauf.....	80
d. Schiedsspruch .....	82
e. Aufhebungsverfahren .....	82
aa. Formelle Voraussetzungen.....	83
bb. materielle Voraussetzungen.....	83
(1) Umfang des Ordre Public .....	84
(2) Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen Ordre Public.....	85
(3) Verstoß gegen den materiell-rechtlichen Ordre Public.....	86
4. Entscheidungsgrundlage - Wahl von „Rechtsvorschriften“ .....	87
X. Wahl von „Rechtsvorschriften“ in reinen Inlandssachverhalten unter Vereinbarung eines Schiedsverfahrens mit Schiedsort in Deutschland .....	90
1. Reichweite der Rechtswahlbefugnis im Schiedsverfahren .....	91
2. „uneingeschränkte“ Rechtswahl auch im Schiedsverfahren nur bei Vorliegen eines Auslandsbezugs ? .....	93
a. Befugnis zur Abweichung von zwingendem Recht des Einbettungsstatuts nach § 1051 Abs. 1 ZPO .....	94
b. Erfordernis eines Auslandsbezugs in § 1051 Abs. 1 ZPO .....	94
c. Unmittelbare Anwendung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in Schiedsverfahren ? .....	96
aa. Ausschlussklausel des Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO .....	96
bb. Einschränkung der Ausschlussklausel des Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO .....	96
cc. Keine Bindung an die Regelungen der Rom I-VO bei der Rechtswahl im Schiedsverfahren.....	99
(1) Gesetzesbegründung zu § 1051 ZPO.....	99
(2) Keine strukturelle Vergleichbarkeit des § 1051 ZPO mit für staatliche Gerichte geltendem Kollisionsrecht.....	103

(3) Bestätigung des Kommissionsentwurfs in der Normsetzung.....	106
(4) Gesetzgeberisches Ziel .....	107
(5) Gesetzesbegründung - kein verbindlicher Auslegungsmaßstab.....	108
(6) Bestätigung in rechtsvergleichender Hinsicht .....	109
(7) Zwischenfeststellung.....	110
d. vermittelnde Ansichten zur Anwendung der Rom I-VO in Schiedsverfahren.....	112
e. Zwischenfeststellung.....	113
f. Reichweite der Rechtswahlbefugnis des § 1051 Abs. 1 ZPO.....	114
aa. Grenzen der Privatautonomie im Schiedsverfahrensrecht .....	115
bb. Beschränkung der Rechtswahlbefugnis durch.....	117
Art. 20 Abs. 3 GG .....	117
cc. Befugnis zu Billigkeitsentscheidungen (§ 1051 Abs. 3 ZPO).....	119
dd. Die Grenze des Ordre Public.....	124
ee. Strukturelle Gleichbehandlung nationaler und internationaler Schiedsverfahren.....	125
ff. Verstoß aufgrund unzulässiger Gesetzesumgehung.....	128
g. Bestätigung in praktischer Hinsicht.....	131
h. Zwischenergebnis.....	131
3. Ordre Public-Kontrolle .....	133
a. Ordre Public-Kontrolle der Rechtswahlvereinbarung .....	133
b. Ordre Public-Kontrolle des Ergebnisses .....	134
c. Zwischenfeststellung.....	139
4. Folge für das „Problem des individuellen Aushandelns“ .....	140
5. Folgen für das „Problem der Rechtmäßigkeit von Haftungsbegrenzungsklauseln“ .....	140
6. Zwischenergebnis.....	141
7. Bestätigung in praktischer Hinsicht.....	141
8. Wirksamkeit der Rechtswahlklausel.....	143
a. lex causa .....	143
b. Überraschungs- und Überrumpelungskontrolle.....	144
c. Inhaltskontrolle.....	145
9. Zwischenergebnis .....	146
10. Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung .....	147
a. Unangemessen Benachteiligung durch die Schiedsvereinbarung .....	148
b. Prüfungsmaßstab.....	150
c. Freie Rechtswahl auch hinsichtlich des Schiedsvereinbarungsstatuts.....	152

XI. Schiedsvereinbarung mit Schiedsort im Ausland am Beispiel der Schweiz.....	153
1. Art. 178 Abs. 2 IPRG als materieller Wirksamkeitsmaßstab der Schiedsvereinbarung..	154
2. Wirksamkeit der Rechtswahlklausel oder Bindung des ausländischen Schiedsgerichts an das Einbettungsstatut.....	155
a. Inhaltskontrolle.....	155
b. Einbeziehungskontrolle.....	156
aa. Sonderkollisionsrecht .....	156
bb. Art. 187 IPRG .....	156
cc. Streitentscheid .....	157
c. Bindung des Schiedsgerichts an das Einbettungsstatut ?.....	157
aa. lex arbitri .....	158
bb. §§ 305 – 310 BGB als zwingende Eingriffsnormen .....	159
cc. §§ 305 – 310 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO als verbundene Eingriffsnorm .....	159
dd. Gesetzesumgehung – fraus legis.....	161
d. Zwischenergebnis.....	163
3. Rechtsfolgen für die deutsche Gerichtsbarkeit im Einrede-, Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsverfahren .....	163
a. Wirksamkeitskontrolle nach § 1032 ZPO.....	163
b. Prüfungsmaßstab entsprechend Art. V Abs. 1 lit. a. UNÜ.....	165
c. Anerkennungsrechtlicher Ordre-Public .....	167
4. Zwischenergebnis.....	169
XII. Schiedsvereinbarung mit Schiedsort in Deutschland unter Wahl ausländischen Schiedsverfahrensrechts .....	170
<b>E. Klauselgestaltung.....</b>	<b>171</b>
I. Gänzlicher Ausschluss der §§ 305 – 310 BGB .....	171
II. Modifizierte Anwendung der §§ 305 – 310 BGB .....	173
<b>F. Zusammenfassung .....</b>	<b>174</b>
<b>G. Schlussbetrachtung.....</b>	<b>181</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>184</b>



## Einführung

Das deutsche Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>1</sup> und dabei insbesondere die Vorschriften über die AGB-Inhaltskontrolle stellen aus Sicht juristischer und ökonomischer Praxis nach Auffassung vieler eine der bedeutsamsten Einschränkungen der Privatautonomie und Vertragsfreiheit dar, die das deutsche Recht kennt.<sup>2</sup>

Insbesondere mit Blick auf den Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs (B2B) entbrennt daher seit Jahren ein weiträumiger Diskurs mit unterschiedlichster Argumentation rund um die Frage der „Umgehung“ bzw. der „Abwahl“ der AGB-rechtlichen Vorschriften des BGB. Weitgehender Konsens wird dabei dahin erzielt, dass selbst bei übereinstimmendem Wunsch zweier unternehmerischer Vertragspartner ein Vertragswerk der AGB-Inhaltskontrolle auszunehmen, das deutsche Rechtssystem, zumindest de lege lata, keinen zufrieden stellenden und rechtssicheren Weg dazu anzubieten vermag.

Aber auch de lege ferenda wird in Folge des stetig zunehmend in den Fokus europarechtlicher Rechtsetzung rückenden Verbraucherschutzgedankens<sup>3</sup> und der damit einhergehenden zunehmenden Modifikation der

---

<sup>1</sup> §§ 305 – 310 BGB, vormals §§ 1 – 30 AGBG bis zur Aufhebung und Inkorporierung in den Allgemeinen Teil des BGB m.W.v. 01.01.2002 durch Art. 6 Nr. 4 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetz v. 26. 11. 2001 (BGBl. I S. 3138).

<sup>2</sup> Vgl. zum umfassenden Diskurs Acker/Bopp, BauR 2009, 1040; Berger, NJW 2010, 465 ff.; Berger, ZIP 2006, 2149 ff.; Berger/Kleine, BB 2007, 2137 ff.; Brachert/Dietzel, ZGS 2005, 441 ff.; Dauner-Lieb/Axter, ZIP 2010, 309, 312; Kaufhold, BB 2012, 1235, 1236; Kessel/Stomps, BB 2009, 2666 ff.; Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350 ff.; Koch, BB 2010, 1810 ff.; Kollmann, NJOZ 2011, 625 ff.; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 442 ff.; Lischek/Mahnken, ZIP 2006, 158 ff.; Miethaner, NJW 2010, 3121, 3127; Müller, BB 2012, 1355 ff.; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 ff.; Müller/Schilling, BB 2012, 2319, 2323; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 235; Pfeiffer, NJW 2012, 1169; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 553 ff.; bereits zum AGBG Alich, JZ 1982, 706, 709; im Ergebnis übereinstimmend auch Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, § 307 BGB, Rn. 373 ff.; a. A. Hensen, NJW 1987, 1986, 1987; MÜKO/Kieninger, § 307 BGB, Rn. 73 f.; Palandt/Grüneberg, § 307 BGB, Rn. 38 f.; Schmidt, NJW 2011, 3329; v. Westphalen, BB 2013, 1357; ders., BB 2011, 195, 196; ders. ZIP 2010, 1110 ff.; ders., NJW 2009, 2877 ff.; Schäfer, BB 2012, 1231 ff..

<sup>3</sup> Vgl. zur jüngsten Entwicklung nur Regierungsentwurf vom 11.03.2016 zur Reform des Bauvertrags- und Kaufrechts, der u.a. die Einführung des neuen gesetzlichen Vertragstypus des Verbraucherbauvertrags vorsieht, BT-Drs. 123/16.

Regelungskonzeption und der Regelungssystematik des Vertragsrechts des BGB zumindest in jüngerer Zukunft wohl kaum eine dem „Wunsch“ unternehmerischer Praxis entsprechende Gesetzesänderung zu erwarten sein.

Die zwingende Geltung der §§ 305 ff. BGB gilt dabei freilich uneingeschränkt und uneinschränkbar im Hinblick auf alle Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zur Entscheidung vor Gerichten der staatlichen Gerichtsbarkeit stehen. Jedoch stellt sich die Frage, ob selbiger Grundsatz auch für von Privaten eingesetzte Schiedsgerichte uneingeschränkte Geltung beansprucht oder ob sich über eine Schiedsvereinbarung möglicherweise Wege auftun können, der AGB-Inhaltskontrolle, zumindest im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs, zu „entgehen“. Verbunden damit ist die nach wie vor umstrittene Frage der Existenz eines Sonderkollisionsrechts für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit.

Dies vorausgeschickt setzt sich die vorliegende Erarbeitung zum Ziel, ein (soweit als möglich) rechtssicheres Ergebnis auf vorgenannte Frage der Zulässigkeit der „Umgehung“ der §§ 305 – 310 BGB im Wege der Abwahl im Rahmen einer Schiedsvereinbarung zu finden und soll sich dabei insbesondere mit der Frage einer solchen Vertragskonstruktion in reinen Inlandssachverhalten auseinandersetzen. Besonderer Bezug genommen werden soll auf die nach wie vor umstrittene Frage der Anwendbarkeit der Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) auf die Rechtswahl im Rahmen einer Schiedsvereinbarung nach deutschem Recht. In weiter gehender Betrachtung soll sich der Frage der „Ordre Public-Festigkeit“ einer solchen Rechtswahlklausel als auch des Ergebnisses eines unter deren Berücksichtigung ergehenden Schiedsspruchs zugewandt werden. Nicht außer Acht zu lassen sind schließlich die dann eingreifenden Wirksamkeitsanforderungen an eine entsprechende Rechtswahlklausel als auch darüber hinaus bestehende generelle.

Neben der Erörterung der Zulässigkeit einer „Umgehung“ der §§ 305 – 310 BGB in vorgenannter Konstellation muss sich auch der Frage zugewandt werden, inwieweit den Parteien eines Schiedsverfahrens über die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung und Vereinbarung eines ausländischen Schiedsortes ein Weg zur „Umgehung“ der §§ 305 – 310 BGB offen stehen kann und ob dies eine echte Alternative darstellt.

Die Bearbeitung schließt mit einer Darstellung der aus vorhergehenden Ergebnissen abgeleiteten Konsequenzen für die Klauselgestaltung ab, um dem theoretischen Schwerpunkt zu Gunsten der Vertrags- und Kautelarpraxis zu begegnen.

## **A. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

### **I. Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

Eine exakte zeitliche Einordnung der Entstehung des Weges der Begründung eines vertraglichen Schuldverhältnisses unter Nutzung von AGB- oder AGB-ähnlichen vorformulierten Vertragsmustern ist in rechtshistorischer Betrachtung schwer möglich. Dies folgt primär der Frage, welche Formen vorformulierter Vertragswerke sich überhaupt unter den nach heutigem Verständnis geltenden Begriff der AGB fassen lassen können. Indes sollen bereits im Wirtschaftsleben des antiken Rom AGB-artige Vertragsformen gebräuchlich gewesen sein; auch mittelalterliche Zunft- und Innungsregelungen werden teilweise als AGB bezeichnet, wurden sie häufig an den Zunft Häusern öffentlich ausgehängt mit dem Hinweis der Geltung der Bedingungen für die Vertragspartner unter einseitiger Begünstigung des Verwenders.<sup>4</sup> Ob nun solche frühen standardisierten Klauselwerke dem

---

<sup>4</sup> Vgl. Hellwege, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 2. m.w.N; zur rechtlichen Behandlung und

heutigen Verständnis von allgemeinen Geschäftsbedingungen unterfallen können, Vorläufer darstellen oder nicht, sei dahin gestellt. Jedenfalls sind Allgemeine Geschäftsbedingungen keine reine Erscheinung der neueren Rechtsentwicklung.

Weitgehende Einigkeit besteht dahingehend, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen, so wie sie das BGB heute in den §§ 305 – 310 kennt, im Wesentlichen ein „Kind der industriellen Revolution“ sind.<sup>5</sup> Es hatte die Entstehung industrieller Serienproduktion im 19. Jahrhundert mit der einhergehenden Häufung vertraglicher Beziehungen im Wirtschaftsleben zum Absatz der erzeugten (Massen-) Produkte eine zunehmende Verwendung von vorgedruckten Vertragstexten zur Folge.<sup>6</sup> Die Bildung industrieller Großbetriebe und Zunahme marktwirtschaftlicher Konkurrenz führten zunehmend zu einer Verdrängung ursprünglicher persönlicher Momente individueller Vertragsgestaltung aus dem Wirtschaftsleben und ließen Allgemeine Geschäftsbedingungen zum typischen Vertragskonstrukt des modernen Geschäftsverkehrs erstarken.<sup>7</sup> Dadurch wurden bereits im 19. Jahrhundert Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Massenphänomen.<sup>8</sup> Aus dieser Entwicklung vorgezeichnet und in Folge der Zeit verloren die vorgesehenen Regelungen des Vertragsrechts des BGB für viele Bereiche des Wirtschaftslebens wohl zunehmend an Bedeutung.<sup>9</sup>

Rechtsprechung und Literatur sahen sich in der Folge vermehrt mit dieser Form der Vertragsgestaltung und ihrer rechtlichen Behandlung konfrontiert. Aus diesem Grund sah das Reichsgericht bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Notwendigkeit und eröffnete demgemäß die Möglichkeit einer offenen richterlichen Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dabei

---

Auslegung von AGB nach römischer Rechtslehre vgl. Vogenauer, HKK-BGB, §§ 305 – 319 BGB, Rn. 14.

<sup>5</sup> Vgl. nur MÜKO/Basedow, vor § 305 BGB, Rn. 1, m.w.N.

<sup>6</sup> Die Entstehung des Typus des „Massenvertrags“, vgl. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 17.

<sup>7</sup> So Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 18.

<sup>8</sup> Hellwege, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 1.

<sup>9</sup> Vgl. Adams, BB 1989, 781.

setzte es erste Kriterien zur Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, gestützt auf die Regelung des § 138 BGB.<sup>10</sup> Der Bundesgerichtshof entwickelte diese Rechtsprechung in der Folgezeit im Rahmen seiner Rechtsprechung zu § 242 BGB fort.<sup>11</sup> Diese so entwickelten Grundsätzen einer richterlichen Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen an den Maßstäben von Sittenwidrigkeit und Treu und Glauben führte der Gesetzgeber schließlich mit der Schaffung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)<sup>12</sup> einer gesetzlichen Kodifikation zu, wurden die von der Rechtsprechung zuvor entwickelten Kontrollmechanismen nicht mehr als ausreichend angesehen, inhaltlich unangemessen AGB zu bekämpfen.<sup>13</sup>

Das AGBG in der dato verabschiedeten Form blieb bis zur AGB-Novelle 1996 zur Umsetzung der europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>14</sup> im Wesentlichen unverändert. Die Umsetzung der Richtlinie führte sodann dazu, dass der Gedanke des Verbraucherschutzes zunehmender in den Mittelpunkt des AGB-Rechts rückte und den Schutzzweck in diese Richtung (mit)bestimmte.<sup>15</sup> Die äußerlich erheblichste Änderung erfuhr das AGB-Recht schließlich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>16</sup> aufgrund die Inkorporierung der materiell-rechtlichen Vorschriften in die §§ 305 - 310 des BGB, verbunden mit der Außer-kraft-Setzung des AGBG. Inhaltlich blieben die Vorschriften des AGBG dabei allerdings nahezu unverändert.

---

<sup>10</sup> Vgl. Grunsky, BB 1971, 1113; Hellwege, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, S. 1; Wolf/Neuner, § 47, Rn. 5 m.w.N.

<sup>11</sup> Wolf/Neuner, § 43, Rn. 5. m.w.N.

<sup>12</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, In Kraft getreten am 01.04.1977, BGBl. I S. 3317, aufgehoben durch Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 m.W.v. 01.01.2002, BGBl. I S. 3138, 3187.

<sup>13</sup> So Adams, BB 1989, 781.

<sup>14</sup> RL 93/13/EWG v. 05. April 1993, ABL. NR. L 95/29.

<sup>15</sup> Im Wesentlichen durch Einführung des § 24a AGBG (heute § 310 Abs. 3 BGB); vgl. auch MÜKO/Kieninger, § 307 BGB, Rn. 70.

<sup>16</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 01.01.2002, BGBl. S. 3138.

## II. Grundlegung

Seit Außer-Kraft-Treten und Übernahme der früheren Regelungen des AGB-Gesetzes<sup>17</sup> in den Allgemeinen Teil des BGB im Zuge des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 2002 finden sich die gesetzlichen Regelungen zum geltenden AGB-Recht in den §§ 305 – 310 BGB.

Die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der §§ 305 – 310 BGB setzt denknottwendig das Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen voraus. Gemäß Legaldefinition des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind damit jedenfalls all solche Vertragsklauseln, die bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorformuliert einseitig gestellt werden.

### 1. Vertragsbedingungen

Derlei Vertragsbedingungen müssen den Vertragsinhalt gestalten sollen<sup>18</sup>, unabhängig davon, ob sie die Hauptleistungspflichten der Parteien bestimmen oder es sich um reine Nebenbestimmungen handelt.<sup>19</sup> Den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung kann damit, mit Ausnahme der Typen des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB, grundsätzlich jeder Vertrag erfüllen, unabhängig von Art, Inhalt oder Rechtsnatur.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 29.06.2000 (BGBl. I S. 946), m.W.v. 01.01.2002 aufgehoben durch Gesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S.3138).

<sup>18</sup> Zu § 1 AGBG BGH, NJW 1987, 2867; Palandt/Grüneberg, § 305 BGB, Rn. 4.

<sup>19</sup> Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des BGB, § 47, Rn. 8; mit Ausnahme von Leistungsbestimmungen und Entgeltabreden, ständige Rspr. u.a. BGH, NJW 2001, 751; BGH, NJW 1999, 2440; BGH, NJW 1999, 2276; BGH, NJW 1998, 383.

<sup>20</sup> BGH, NJW 2001, 2635, 2636.

## 2. Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen

Definitiv muss eine Allgemeine Geschäftsbedingung somit für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein. Daran sind indes keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Vielmehr vermag bereits ein einmaliges Verwenden dafür ausreichend sein, insofern zumindest eine Absicht des Verwenders zur Mehrfachverwendung besteht.<sup>21</sup> Auch die Art der Fixierung der vorformulierten Vertragsbedingung ist nicht von Bedeutung<sup>22</sup>; so kann eine vorformulierte Vertragsbedingung „bei jeder Art von schriftlicher oder sonstiger Fixierung vor dem Vertragsschluss“ vorliegend sein.<sup>23</sup>

## 3. „Stellen“

Das Merkmal des „Stellens“ fordert, dass die verwendende Partei die Einbeziehung der vorformulierten Bedingung in den Vertrag verlangt<sup>24</sup>, also einseitig in die Vertragsverhandlungen einführt und ein „konkretes Einbeziehungsangebot“ macht.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> BGH, ZIP 2001, 1921 ff.; BGH, NJW 1997, 135.; BGH, MittBayNot, 2002, 111; Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack, § 305 BGB, Rn. 23; die Absicht zur Mehrfachverwendung soll sich nach h.M. aber zumindest auf drei Vertragsabschlüsse erstrecken, vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn. 2662; ebenso Englert/Fuchs/Schalk/Schwartz, in: Kuffer/Wirth, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 1. Teil., Rn. 202; zur Mehrfachverwendung bei einer Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen selbst bei nur einmaliger Verwendungsabsicht des Verwenders BGH, NJW-Spezial 2005, 502 ff.; BGH, NZBau 2005, 590; BGH, NJW 2000, 375; BGH, NJW 2000, 2988, 2989, auch Zerhusen, Fachanwaltsmandat Privates Baurecht, Rn. 853 f.

<sup>22</sup> Vgl. BGH, NJW 1999, 2180, 2181 am Beispiel handschriftlicher Ergänzungen eines Lückentext-Formulars.

<sup>23</sup> Vgl. Jacoby&/von Hinden, BGB, § 305 BGB, Rn. 1.

<sup>24</sup> Vgl. auch HK-BGB/Schulte-Nölke, § 305 BGB, Rn. 5; Ein „Stellen“ liegt dann nicht vor, wenn die Einbeziehung der AGB in den Vertrag auf einer freien Entscheidung des anderen Teils beruht, vgl. BGH, NJW 2010, 1131.

<sup>25</sup> Korbion/Locher/Sienz, AGB und Bauerrichtungsverträge, Rn. 5; Palandt/Grüneberg, § 305, Rn. 10.

## 4. Keine Individualabrede

Als abschließende Negativvoraussetzung<sup>26</sup> für das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen darf es sich bei der betreffenden Klausel nicht um eine Individualvereinbarung der Parteien handeln. Nach § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB ist dies der Fall, „soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Parteien“ nicht „im Einzelnen ausgehandelt sind“.<sup>27</sup>

## III. Die AGB-Inhaltskontrolle

Handelt es sich vorgenannte Voraussetzungen erfüllend bei einer Vertragsklausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, eröffnet dies den Weg zur AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 307 – 309 BGB. Zentrale Norm der Inhaltskontrolle ist die Generalklausel des § 307 BGB. § 307 Abs. 1 S. 1 gibt dabei einen allgemeinen Kontrollmaßstab vor<sup>28</sup>, wonach eine AGB unwirksam ist, wenn sie für den anderen Teil eine „unangemessene Benachteiligung entgegen der Gebote von Treu und Glauben darstellt“. Satz 2 enthält die Wertung, dass sich eine solche Benachteiligung auch daraus ergeben kann, dass die betreffende Klausel nicht klar und verständlich ist (Transparenzgebot).

Mit dem Angemessenheitsmaßstab des § 307 BGB wird dadurch eine weitreichende gerichtliche Wirksamkeitskontrolle einer AGB-vertraglichen Abrede ermöglicht, die sich in einem weitaus engeren Rahmen hält, als jene einer individualvertraglichen, welche sich „nur“ den Anforderungen der §§ 138, 242 BGB zu stellen hat und daher im Grunde auf eine gerichtliche Kontrolle in besonderen Einzelfällen schwerwiegend gestörter Vertragsparität reduziert ist.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Zur herrschenden Meinung vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 40 m.w.N.

<sup>27</sup> Vgl. auch die Ausführungen von Wirth, Rechtsgrundlagen des Architekten und Ingenieurs, S. 73.

<sup>28</sup> Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, Vorb. v. § 307 BGB, Rn. 3.

<sup>29</sup> Vgl. beispielsweise zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen BGH, NJW 2001, 2466, 2467.



Die AGB-Inhaltskontrolle unterwirft den AGB-Verwender damit hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bestimmten inhaltlichen Schranken zur Gewähr des Bestehens der im Rahmen des § 307 BGB geltenden gesteigerten Kontrollintensität der Angemessenheitskontrolle.<sup>30</sup>

An genannten Maßstab anknüpfend normieren die §§ 308 und 309 BGB sodann exemplarisch diesen konkretisierende Tatbestände, bei deren Vorliegen eine Unwirksamkeit einer AGB-Klausel unterstellt wird.<sup>31</sup>

## **B. Problemansätze**

### **I. Das individuelle Aushandeln nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB**

Nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB können der AGB-Inhaltskontrolle mithin nur solche Vertragsbedingungen unterworfen sein, die den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung erfüllen und wirksam in einen Vertrag einbezogen sind.

Wie ausgeführt liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen jedenfalls nicht vor, insofern „die Vertragsparteien die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt haben“. Das Merkmal des „individuellen Aushandelns“ ist damit wesentliches Abgrenzungsmerkmal. Dabei muss sich das Aushandeln auf bestimmte Vertragsbedingungen beziehen. Eine pauschale Einigkeit der Vertragsparteien über die Geltung eines AGB-Werkes als Individualvereinbarung insgesamt vermag nicht auszureichen.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. Reg.-Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 06.08.1975, BT-Drucks. 7/3919; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, Vorb. v. § 307 BGB, Rn. 3; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 382; beispielhaft zur AGB-Kontrolle von VOB/B-Regelungen in Nachunternehmerverträgen umfassend Hänsel, in: Graf v. Westphalen, Rn. 15 ff.

<sup>31</sup> Stoffels, AGB-Recht, Rn. 463, 464; zur Inhaltskontrolle, insbesondere Transparenzkontrolle, von Bauvertragsklausel umfassend Schwenker, in: Messerschmidt/Voit, Teil F., Rn. 26 ff, m.w.N.

<sup>32</sup> Zur ständigen Rechtsprechung vgl. bereits BGH, WM 1982, 871, 872; BGH, WM 1984, 1610, 1611; BGH, BB 1986 21, 22.

Die rechtliche Bedeutsamkeit der Unterscheidung von Allgemeiner Geschäftsbedingung und Individualvertrag liegt vor dem Hintergrund der ausgeführten differierenden Kontrollmaßstäbe auf der Hand. Handelt es sich bei der getroffenen Vereinbarung um eine nicht individuell ausgehandelte Allgemeine Geschäftsbedingung, so gilt der enge Kontrollmaßstab der §§ 305 ff. BGB – handeln die Vertragspartner allerdings eine Klausel individuell aus, so unterliegt sie der gerichtlichen Kontrollmöglichkeit hinsichtlich ihrer Wirksamkeit „nur“ gemäß der Anforderungen der Gebote von Sittenwidrigkeit und Treu und Glauben.

## **1. Aushandeln - mehr als bloßes „Verhandeln“**

Die geltende Rechtsprechung stellt an dieses, die Qualifizierung als Allgemeine Geschäftsbedingung vermeidende, Kriterium des „individuelles Aushandeln“ die Voraussetzung, dass der AGB-Verwender dem anderen Teil die Möglichkeit bieten muss, auf den Inhalt des Vertrages Einfluss nehmen zu können. Ein „Aushandeln“ muss mehr als ein bloßes „Verhandeln“ sein.<sup>33</sup> Es muss der in „Aushandlung“ stehende „gesetzesfremde Kerngehalt“ der betreffenden Klausel „inhaltlich ernsthaft zur Disposition gestellt werden“, wozu der andere Teil zumindest die Möglichkeit einer Einflussnahme auf den Vertragstext haben sollen muss.<sup>34</sup>

In subjektiver Hinsicht wird hierzu gefordert, dass der Verwender der Klausel ernsthaft und deutlich eine Bereitschaft zur Abänderung der Klausel aufweist.<sup>35</sup> Hinsichtlich eines solchen Kriteriums, welches auf eine willensgetragene innere Bereitschaft abstellt, wird im Streitfall eine praktikable Beweisführung sicherlich mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. Allzu häufig gelingt die

---

<sup>33</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, 2543, 2544; BGH, NJW 2003, 1805, 1807.

<sup>34</sup> Vgl. u.a. BGH, NJW 2005, 2543, 2544; BGH, NJW 2003, 1805, 1807; BGH, BB 1998, 2077; BGH, WM 1998, 2297; zur Frage eines nachträglichen individuellen Aushandelns vgl. BGH, NZBau 2013, 297.

<sup>35</sup> Daher ist eine Individualvereinbarung trotz intensiver Verhandlungen einer Klausel abzulehnen, wenn der Verwender sie für „unabdingbar“ erklärt, vgl. BGH, NJW 2013, 856; vgl. Graf v. Westphalen, NJW 2014, 2242, 2243; Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350.

Beweisführung für den beweisbelasteten Verwender, dass eine Individualvereinbarung vorliegt, in der Praxis daher nicht.<sup>36</sup> Dies kann aber unproblematisch sein, wenn es in Folge des Aushandelns zu einer inhaltlichen<sup>37</sup> Änderung der Klausel kommt.

Sollte sich der andere Teil jedoch mit den Bedingungen des Verwenders schlicht einverstanden erklären, sei es aus Rationalisierungsgründen, Zeitersparnis oder schlichter Alternativlosigkeit<sup>38</sup>, wird ein Aushandeln mangels Aufnahme des Vertragsinhalts in den rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen stets ausscheiden.<sup>39</sup>

Falls es in der Folge schließlich trotz ermittel- und belegbaren Aushandelns dennoch zu einer unveränderten Übernahme eines vorformulierten Vertragstextes kommt bzw. es dabei verbleibt, ist dies wiederum grundsätzlich für die Annahme einer Individualabrede unschädlich, insofern der „Vertragsinhalt von beiden Seiten in ihren rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen wird“.<sup>40</sup> Ein „sichtbares“ Aushandlungsergebnis wird demnach nicht gefordert, auch nicht von Seiten der herrschenden Lehre, da § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB als Einschränkung der AGB-Definition dies nicht zwingend erfordert.<sup>41</sup> Allerdings ist selbst bei einer gründlichen Erörterung eines AGB-Entwurfs bei letztlich unverändert

---

<sup>36</sup> Vygen/ Wirth/ Schmidt, Bauvertragsrecht, S. 22.

<sup>37</sup> Lediglich eine Umformulierung der betreffenden Klausel ist indes keinesfalls ausreichend, so BGH, WM 1995, 1455, 1456.

<sup>38</sup> Beispiele nach Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 48 m.w.N. zur Rspr..

<sup>39</sup> Vgl. u.a. BGH, NJW 2005, 2543, 2544; BGH, NJW 2003, 1805; BGH, NJW 2000, 1110; BGH, NJW 1998, 2600, 2601; BGH, NJW 1992, 401, 403; BGH, NJW 1991, 1678, 1679; MÜKO/Basedow, § 305 BGB, Rn. 37; Palandt/Grüneberg, § 305 BGB, Rn. 20.

<sup>40</sup> BGH, NJW 2003, 1805; BGH, NJW 1982, 2309; BGH, NJW 1979, 1406, 1407; BGH, NJW 1998, 2600, 2601; BGH, NJW 1979, 367, 368; BGH, NJW 1991, 1678, 1679; BGH, NJW 1992, 1107, 1108; BGH, NJW 1992, 2759, 2760; BGH, NJW 1992, 2283, 2285; BGH, BB 1981, 756, 757; BGH, WM 1985, 1208, 1209; BGH, WM 1995, 1455, 1456; Schwab, AGB-Recht, Rn. 131.

<sup>41</sup> BGH, NJW 1977, 624; BGH, NJW 1982, 2309; BGH, NJW-RR 1987, 144, 145; BGH, NJW 1988, 410; BGH, NJW 2000, 1110, 1112; OLG Köln, ZIP 1995, 1636 f.; vgl. MÜKO/Basedow, § 305 BGB, Rn. 39; Staudinger/Schlosser, § 305 BGB, Rn. 36; Erman/Roloff, § 305 BGB, Rn. 17 f.; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 48.

bleibendem Vertragstext nur „unter besonderen Umständen“, d.h. im Ausnahmefall, von einem individuellen Aushandeln auszugehen.<sup>42</sup>

Wenn der Klauselverwender den anderen Teil jedoch ausdrücklich auf ein bestehendes Regelungsproblem einer Klausel hinweist, an deren Wirksamkeit er ein „besonderes sachlich berechtigtes Interesse“ hat und eröffnet der Verwender dem anderen Teil in einer solchen Situation daraufhin die tatsächliche Möglichkeit des Aushandelns der Klausel, kann dies wiederum zu einer Individualvereinbarung führen, auch wenn sich das Aushandeln nicht in einem sichtbaren Ergebnis niederschlagen sollte.<sup>43</sup> Aufgrund des Hinweises des Verwenders kann in solchen Situationen keine einen möglichen Schutzzweck der AGB-Kontrolle treffende typische Unterlegenheit des anderen Teils bestehen.<sup>44</sup> Gibt der andere Teil auf ein derart bestimmtes Angebot sodann seine Zustimmung zur Fassung der Klausel, so wird diese trotz unveränderter Übernahme der Vorformulierung zur Individualvereinbarung<sup>45</sup>, dem zuzustimmen ist, da in dergestalten Konstellationen keinesfalls mehr eine alternativlose Hinnahme der vorformulierten Klausel angenommen werden kann. Vielmehr wird in solchen Fällen aufgrund des berechtigten Interesses des Verwenders an einer Individualabrede trotz Vorformulierung der Klausel vor dem Hintergrund der zurück tretenden Schutzbedürftigkeit des anderen Teils zum Teil gar eine Obliegenheit des anderen Teils gesehen, „auf Grund der

---

<sup>42</sup> Auch wenn der Bundesgerichtshof in früherer Rechtsprechung in Fällen, in denen der Verwender dem Kunden vor Vertragsschluss ernsthaft seine Verhandlungsbereitschaft signalisierte, der andere Teil die Bedingungen aber dennoch unverändert hinnahm, ein individuelles Aushandeln in Einzelfällen noch bejahte, vgl. BGH, BB 1981, 756, 757; BGH, NJW 1979, 367, 368; BGH, NJW 1977, 624, 625, dürfte dies nach geltender Rechtsprechung nur noch in absoluten Ausnahmefällen möglich sein, vgl. u.a. BGH, NJW 2013, 856 ff; BGH, NJW 2003, 1805; BGH, NJW 2000, 1110; BGH, NJW 1998, 2600, 2601; BGH, WM 1995, 1455, 1456; BGH, NJW 1992, 1107, 1108; BGH, NJW 1983, 385, 386; MÜKO/Basedow § 305 BGB, Rn. 39; Palandt/Grüneberg, § 305 BGB, Rn. 20; vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 BGB, Rn. 39; Erman/Roloff, § 305 BGB, Rn. 19; ausführlich dazu auch Graf. v. Westphalen, NJW 2013, 2239, 2240; Derselbe, bereits DB 1977, 943, 944; Heinrichs, NJW 1977, 1505, 1508; Löwe, NJW 1977, 1328, 1329; a.A. u.a. Pawlowski, BB 1978, 161, 164.

<sup>43</sup> Vgl. auch hierzu BGH, NJW 2000, 1110, 1112; BGH, NJW 1998, 2600, 2601; BGH, WM 1995, 1455, 1456; BGH, NJW 1992, 1107, 1108; BGH, NJW 1988, 2565; BGH, NJW 1987, 1643; Rabe, NJW 1987, 1978, 1980; BGH, NZBau 2013, 297; Canaris, JZ 1987, 993, 1003; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 51; Jaeger, NJW 1979, 1569, 1574.

<sup>44</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 51.

<sup>45</sup> Heinrichs, NJW 1977, 1505, 1508; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 51; a.A. Michalski/Römermann, ZIP 1993, 1434, 1440.

Sonderverbindung der Vertragsanbahnung, das derart konkretisierte Angebot des Verwenders einer näheren Prüfung zu unterziehen und gegebenenfalls in ein Aushandeln (...) einzutreten“.<sup>46</sup>

Von Vorgenannter Ausnahme schließlich und selbstredend nicht erfasst sind alle Fälle, in denen der Verwender von vorneherein zwar auf die besondere Bedeutung der Wirksamkeit einer Klausel hinweist, zu einer Abänderung aber gar nicht bereit ist.

Ein solches Abstellen auf innere Willensvorgänge und -elemente mag dogmatisch und rechtstechnisch durchaus begründet und konsequent sein, setzt das Zustandekommen eines jeden Vertragsschlusses das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen, willentlicher Akte, voraus und entzieht sich die Klausel in Folge ihres Individualcharakters dann u.U. dem Schutzzweck des AGB-Rechts<sup>47</sup>. Durch die beiderseitige Aufnahme des Klauselinhaltes in den rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen wird dieser notwendig Bestandteil der korrespondierenden Willenserklärungen – des Konsens<sup>48</sup> – und kann damit nicht mehr zur einseitigen Disposition stehen.

Demnach ist es zunächst auch konsequent, dieses Abgrenzungskriterium von AGB zum Individualvertrag, ganz unabhängig der vertragsschließenden beteiligten Akteure zur Anwendung zu bringen, d.h. uneingeschränkt unabhängig eines B2B- oder B2C-Geschäfts.

Die dargestellten Anforderungen an den Begriff des Aushandelns gelten mithin auch einheitlich für den B2C als auch den B2B-Verkehr.

---

<sup>46</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 51; a.A. Staudinger/Schlosser, § 305 BGB, Rn. 36a.

<sup>47</sup> Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 48.

<sup>48</sup> Schellhammer, Schuldrecht, Rn. 2055 ff.

## 2. Vertragsschluss im Rahmen von „Packet-Lösungen“

Diese uneingeschränkte Anwendung vorstehend skizzierter Kriterien an ein Aushandeln wird insbesondere in unternehmerischer Praxis dennoch als verfehlt erachtet und scharf kritisiert. Als Begründung der Kritik an der geltenden Rechtsprechung wird dabei zunächst angeführt, dass es in Fortsetzung vorgenannter Grundsätze für ein individuelles Aushandeln eines Vertragswerkes nicht ausreicht, dass ein Verwender einen Vertrag als Ganzes dem anderen Teil zur Disposition stellt, selbst wenn der letztlich geschlossene Vertrag auf Reaktion des anderen Teils im Ergebnis in Teilen abgeändert worden sein sollte und nicht mehr dem ursprünglich zur Disposition Gestellten entspricht. Vielmehr müsste der Verwender jede in einem vorformulierten Klauselwerk enthaltene Bedingung, welche vom dispositiven Gesetzesrecht abweicht, dem anderen Teil zur Aushandlung stellen, möchte er das Vertragswerkwerk als Ganzes sicher als Individualabrede geltend wissen.

Dem ist nach herrschender Rechtsprechung aber selbst dann nicht anderweitig zu begegnen, wenn der andere Teil dem Verwender in einer vorformulierten Vereinbarung bestätigt, dass die in Rede stehenden Vertragsbedingungen mit ihm ausgehandelt wurden und seinem Willen entsprechen,<sup>49</sup> sogar dann nicht, wenn Verwender und anderer Teil im Wege einer individualvertraglichen Vereinbarung bestätigen, dass über die Klausel „ernsthaft und ausgiebig verhandelt wurde“<sup>50</sup>. Unumgänglich bleibt doch die Aufnahme einer jeden betreffenden Klausel in den rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen durch ernsthaftes zur Disposition stellen.

Aufgrund dieses Umstandes verlauten kritische Stimmen<sup>51</sup>, dass ein solches Vorgehen im Verbraucherverkehr, d.h. zwischen zwei Verbrauchern oder zwischen Verbrauchern und Unternehmern, wohl noch möglich und den Bedürfnissen dortiger Vertragspraxis angemessen erscheinen kann, es den

---

<sup>49</sup> BGH, NJW 1983, 385; BGH, NJW 1977, 624, 625.

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 20 März 2014 – VII ZR 248/13, Rn. 28.

<sup>51</sup> Vgl. umfassend Berger/Kleine, BB 2007, 2137; a.A. Graf v. Westphalen, ZIP 2010, 1110 ff.

Anforderungen des praktischen Wirtschaftsverkehrs allerdings nicht mehr gerecht werde. Dem liegt die Annahme zu Grunde, dass Vertragsverhandlungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr regelmäßig gerade nicht mit solchen des Verbraucherverkehrs vergleichbar sind. Von einem originären Vertragsschluss nach deutschem bürgerlichen Recht ausgehend kommt ein Vertragsschluss im Rahmen der §§ 145 ff. BGB durch Angebot und Annahme zustande. Dieses System gründet wiederum auf dem Gedanken, dass Angebot und Annahme selbstverständlich nur zu einem Vertragsschluss führen, insofern und insoweit ein Konsens vorliegt, mithin die Willenserklärungen übereinstimmen – korrespondieren. Die Findung eines Konsenses setzt wiederum regelmäßig Verhandlungen zwischen den Parteien voraus. Ein Vertrag wird durch individuelles Aus- und Verhandeln geschlossen. Es wird durchaus zu unterstellen sein können, dass dabei regelmäßig jede Partei ihre Interessen bestmöglich zu Geltung gebracht wissen will. In Folge dieses Umstandes wird sich schließlich im Konsens ein größtmöglicher und angemessener Interessenausgleich widerspiegeln – das individuelle Aushandeln ist daher das treffende Abgrenzungsmerkmal zu Vertragsschlüssen, die unter anderen Umständen und Abläufen zustande kommen – unter anderem Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Eben dieser Grundgedanke wird aber nicht unmittelbar und uneingeschränkt auf die Vertragspraxis im unternehmerischen Geschäftsverkehr übertragbar sein können. In der dort geltenden Vertragspraxis mögen einem Vertragsschluss durchaus andere Erwägungen als die Konsensfindung durch ein Aushandeln zu Grunde liegen. Vielmehr mag diese gerade nicht den „Normalfall“ eines Vertragsschlusses darstellen, was Zweifel an der Tauglichkeit als Abgrenzungskriterium zwischen Individualvertrag und AGB wecken kann.

In unternehmerischer Vertragspraxis kommt ein Vertragsschluss häufig im Rahmen von sog. „Packet-Lösungen“ zustande.<sup>52</sup> Diesen immanent ist, dass ein Ausgleich von Interessen der zukünftigen Vertragsparteien nicht zwingend und umfassend durch ein Aushandeln und gleichmäßiges Verteilen der vertraglichen

---

<sup>52</sup> Vgl. nur Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158, 159; Berger/Kleine, BB 2007, 2137.

Risiken auf die zukünftigen Vertragsparteien erfolgt, sondern auf die Vertragsverhandlungen und deren Ablauf auch außerhalb des zu schließenden Vertrages liegende rechtliche und ökonomische Umstände von Einfluss sind. Das „Aushandeln“ eines Vertrages erfolgt daher häufig nicht in komparativem Wege der einzelnen Klauseln des Vertragswerkes, sondern in einer Gesamtbetrachtung der für die zukünftigen Vertragsparteien aus dem Vertragsschluss resultierenden Vor- und Nachteile.<sup>53</sup>

Beispielhaft bedeutet dies, dass im Falle einseitig begünstigender Haftungsklauseln diese nicht durch eine Abänderung hin zu einer interessenäquivalenten Fassung und somit zu einem Konsens führen, sondern beispielsweise durch Vereinbarung höherer Vertragspreise zu Gunsten der aus der Haftungsabrede „benachteiligten“ Partei auf eine Abänderung der im Grunde nachteiligen Haftungsklausel verzichtet wird.

Grundsätzlich erkennt die Rechtsprechung die Möglichkeit eines individuellen Aushandelns zwar auch bei solchen „Paket-Lösungen“ an. Allerdings mangelt es an entsprechenden tatsächlichen Entscheidungen, insbesondere im Hinblick auf die dann im Einzelnen zu stellenden Anforderungen. Daraus lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass ein „Aushandeln“ i.S.v. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, da es bei Vertragsschlüssen im unternehmerischen Geschäftsverkehr dann regelmäßig an den dafür statuierten Voraussetzungen der Rechtsprechung scheitert, in wirtschaftlicher Vertragspraxis kaum stattfinden kann.

Dies verstärkend mag hinzutreten, dass selbst außerhalb solcher Paket-Lösungen ein Aushandeln von Verträgen im unternehmerischen Geschäftsverkehr – zumindest im Massengeschäft - nicht die Regel ist. Zwar spielen hier Faktoren wie sie im Verbraucherverkehr allzu häufig angeführt werden – wirtschaftliche und intellektuelle Unterlegenheit, rechtliche Unkenntnis, etc. – mitunter weniger eine Rolle. Nichtsdestotrotz werden aus rein ökonomischen Gründen – Vermeidung von Zeit und Geldmitteln für eine juristische Prüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingung und umfassend

---

<sup>53</sup> Berger/Kleine sprechen von „Einpreisen von Risiken“, vgl. BB 2007, 2137.



geführte und dokumentierte Vertragsverhandlungen – auch im Unternehmerverkehr Allgemeine Geschäftsbedingungen regelmäßig reaktionslos akzeptiert.<sup>54</sup>

Ob im Rahmen von Packet-Lösungen oder außerhalb dieser Betrachtung wird ein Verhandeln von Vertragsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr demnach insgesamt nicht die Regel sein, geschweige denn ein „Aushandeln“ i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB.

### **3. „Dokumentationszwang“ der Verhandlungen**

Wie ausgeführt tendiert in Zweifelsfällen ob es sich bei Vertragsklauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, die Rechtsprechung dahin, von dem Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen, wenn sich im Rahmen des „Aushandelns“ dieses nicht in einer Abänderung des Vertragstextes niedergeschlagen hat. Auch wenn grundsätzlich eine Abänderung der Klausel nicht erforderlich ist, soll doch dennoch nur unter besonderen Umständen ein „Aushandeln“ gegeben sein können, wenn die vorformulierte Klausel unverändert bleibt.<sup>55</sup> Notwendig folgt daraus, dass auch in solchen Fällen, in denen das verwendete Vertragsformular dem anderen Teil bekannt ist und nicht auf Bedenken stößt und daher ein „Aushandeln“ gemessen der Kriterien der Rechtsprechung nicht stattfindet, ein „Aushandeln“ kaum gegeben sein kann und die Klausel daher der Inhaltskontrolle unterliegt.<sup>56</sup> Auch eine schlichte Erörterung des Vertragsinhalts wird in solchen Fällen noch kein „Aushandeln“ sein, selbst wenn dem anderen Teil ausdrücklich der Abschluss der Vereinbarung freigestellt wird.<sup>57</sup>

Daraus folgen in verfahrensrechtlicher Hinsicht freilich erhebliche Beweisschwierigkeiten in alle jenen Fällen, in denen die Parteien eine zunächst

---

<sup>54</sup> Vgl. auch MÜKO/Wurmnest, § 307 BGB, Rn. 79.

<sup>55</sup> Vgl. a.a.O. Rn. 29.

<sup>56</sup> BGH, NJW 1979, 1406, 1407.

<sup>57</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, 2543, 2544.

einseitig gestellte Vertragsklausel aushandeln, im Ergebnis aber unverändert belassen. Es müsste der Verwender der Klausel stets die Vermutung widerlegen, dass es sich bei der Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Ein solcher Beweis kann nur durch umfassende Dokumentationen der Abläufe der Vertragsverhandlungen möglich sein. Dies stellt wiederum einen erheblichen Mehraufwand für den Verwender im Rahmen der Vertragsverhandlungen dar, möchte er Prozessrisiken minimieren.

Vorgenannte Ausführungen zeigen, dass der Verwender zur etwaigen Vermeidung des Kontrollmaßstabs der §§ 307 ff. BGB zudem regelmäßig auf die „Mitwirkung“ des anderen Teils angewiesen sein wird. Ohne Mitwirkung des anderen Teils, bereits bei bloßer Reaktionslosigkeit auf ein Bestreben zur Ver- und Aushandlung einer Klausel, ist es dem Verwender kaum möglich ein individuelles Aushandeln zu erreichen und daher mangels Eindeutigkeit des zur Beurteilung zugrunde zulegenden Maßstabs rechtssicher die Wirksamkeit einer Klausel beurteilen zu können.

#### **4. Reaktion – „Stellen“ unannehmbarer Klauseln und „scheinbares Nachgeben“**

Stellt der Verwender dem anderen Teil Vertragsbedingungen und beachtet dabei vorgenannte Kriterien an ein Aushandeln i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, so wird er daher, möchte er die Klausel oder den gesamten Vertrag der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB entziehen, bemüht sein, die Klausel dem anderen Teil also entsprechend zur Disposition zu stellen. Wenn dieser nun eine Änderung verlangt oder über eine solche ernsthaft disponiert wird und sich die Änderung im Vertragstext niederschlägt, wird in einem eventuellen Streitfalle die Vermutung gelten, dass es sich bei der Klausel, bzw. dem Vertragswerk, um eine Individualvereinbarung handelt.

Es könnte der andere Teil im Rahmen der Vertragsverhandlungen jedoch ebenso anders verfahren. Diejenigen Klauseln, die für ihn als „unpraktisch“

erscheinen, könnte er einer rechtlichen Überprüfung unterziehen. Insofern er dabei feststellte, dass sie den Anforderungen des § 307 BGB nicht standhalten würden, könnte er sie bei Vertragsverhandlungen ohne Erläuterung akzeptieren, wenn ihm die Geltung des dispositiven Gesetzesrechts über § 306 Abs. 2 BGB zu Gute käme.<sup>58</sup>

Dieser Umstand hat für den Verwender zur Folge, dass er sich, selbst wenn er den anderen Teil zur Abgabe von Alternativvorschlägen auffordern würde, im Fall eines schlichten Akzeptierens der Bedingung durch den anderen Teil dem Risiko gegenüber sehen muss, dass die Klausel im Zweifel dennoch als Allgemeine Geschäftsbedingung qualifiziert wird. In praktischer Betrachtung lässt sich dies soweit fortschreiben, dass der Verwenderseite keine andere Option bliebe, als nach Möglichkeit zunächst unannehmbare Klauseln zu stellen, um den anderen Teil damit zu einem Aushandeln und einer Änderung zu „zwingen“.<sup>59</sup> Freilich birgt ein solcher Weg, wenn sich der andere Teil trotz offensichtlicher Nachteiligkeit der Klausel dennoch auf sie einlässt, u.U. gerade bei vorgenannten „Packet-Lösungen“ denkbar, aber auch das Risiko, selbst in die „AGB-Falle“ zu gehen.<sup>60</sup>

Folgt man solchen Erwägungen, wird es im unternehmerischen Geschäftsverkehr nur mit Unwägbarkeiten möglich sein eine AGB-Klausel durch individuelles Aushandeln der AGB-Inhaltskontrolle zu entziehen. Auch wenn der andere Teil einen Vertragsschluss unter Ausnahme der AGB-Inhaltskontrolle als gerecht ansehen würde, was so im nationalen, wie auch internationalen, Handelsverkehr durchaus der Fall sein kann<sup>61</sup>, hätten die Vertragsparteien nur auf umständlichem Wege die Möglichkeit, einen Vertragsschluss unter vorformulierten Standardklauseln der AGB-Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB zu entziehen.

---

<sup>58</sup> In anwaltlicher Kautelarpraxis ein Standardvorgehen; vgl. dazu ausführlich auch die Ausführungen von Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350, 1351.

<sup>59</sup> So Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658, 2660.

<sup>60</sup> Daher im Ergebnis zu einem solchem Vorgehen berechtigt sehr kritisch Meyer, WM 2014, 980, 985.

<sup>61</sup> Vgl. nur Berger/ Kleine, BB 2007, 2137.

Vorgenannte Problematik vertieft sich schließlich auch erheblich dadurch, dass eine bereits einmal ausgehandelte Klausel zwischen den Vertragsparteien nicht mehrfach als Individualabrede zur Anwendung gelangen kann, ohne dass bei jeder erneuten Verwendung auch ein erneutes „Aushandeln“ vorgenommen werden müsste.<sup>62</sup> Insbesondere in dauerhaften Geschäftsbeziehungen kann dies für die Vertragsparteien zu nicht unerheblichen vertragspraktischen Widrigkeiten führen.

Solche, auf das Kriterium des „Aushandelns“ Bezug nehmende Problemansätze können demnach den Schluss zulassen, dass hier ein wesentlicher Teil „faktischer“ Vertragsgestaltungsmacht auf den anderen Teil übertragen wird. Insbesondere wird für diesen die Möglichkeit eröffnet, einen Zustand der Rechtsunsicherheit zu Lasten des Verwenders selbst herbeizuführen. Die Kriterien an das „Aushandeln“ scheinen demnach durchaus geeignet, Möglichkeiten missbräuchlichen Handelns zu eröffnen. Dies in dem Kontext, dass die Vorschriften des AGB-Rechts u.a. dem Ausgleich gestörter Vertragsparitäten dienen sollen<sup>63</sup> betrachtet, kann hier geübte Kritik an der *lex lata* durchaus als berechtigt erscheinen.

Aber auch wenn die Vertragsparteien zunächst übereinstimmend von der Wirksamkeit einer Klausel ausgehen, kann wie aufgezeigt im Streitfall ohne Dokumentation der Abläufe der Vertragsverhandlungen kaum letztendliche Rechtssicherheit über die Wirksamkeit eines Vertrages bestehen. Auch diese Rechtsunsicherheit, ob im Zweifel die vertragliche Vereinbarung oder Gesetzesrecht zur Anwendung kommt, wird aus rechtlicher wie ökonomischer Sicht als nicht angemessen erachtet. Demnach scheint die These insgesamt berechtigt, dass der geltende Begriff des „Aushandelns“ und dessen Anforderungen der Rechtsprechung für die unternehmerische Praxis nicht in

---

<sup>62</sup> BGH, NJW 1979, 367, 368; Erman/Roloff, § 305 BGB, Rn. 20; Staudinger/Schlosser, § 305 BGB, Rn. 36; a.A. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 45 m.w.N.

<sup>63</sup> Vgl. BGH, NJW 1995, 2934; BGH, NJW 1976, 2345, 2346; BGH, NJW 1974, 2825; MÜKO/Basedow, vor § 305 BGB, Rn. 5; Staudinger/Schlosser, § 310 BGB, Rn. 2; Palandt/Grüneberg, vor § 305 BGB, Rn. 8; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 88; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, Einleitung, Rn. 48; Koch, BB 2010, 1810, 1812; Kötz, JuS 2003, 209, 212.

ausreichendem Maße präzisiert und den Bedürfnissen unternehmerischer Vertragspraxis angemessen sind.

## **5. Kontrollmaßstab des § 307 BGB als Standardfall**

Vorgenanntes erlangt besondere Bedeutung, unterstellte man, dass im unternehmerischen Geschäftsverkehr der gesetzliche Regelfall eines verhandelten privatautonomen Vertragsschlusses den Ausnahmefall und ein Vertragsschluss durch Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen den Regelfall darstellt. Die aufgezeigte Kritik mag also umso mehr verfangen, wenn man davon ausgeht, dass es im unternehmerischen Geschäftsverkehr vielfach üblich ist, dass im Vorfeld eines Vertragsschlusses seitens der antragenden Partei dem anderen Teil ein bereits vorformulierter Vertragstext überlassen wird. Da ein Großteil der in einem Markt tätigen Unternehmen zudem in einem spezifischen Geschäftsfeld tätig sein wird, bringt dies notwendig mit sich, dass die dabei verwendeten Vertragstexte häufig identisch sind und aus Effizienz-, Kosten- und Praktikabilitätsgründen „Vertragsmuster“ zur Anwendung kommen. AGB werden demnach im heutigen Wirtschaftsverkehr die gängige Art des Vertragsschlusses darstellen. Im Ergebnis wird sich dann aber die Mehrzahl der im unternehmerischen Geschäftsverkehr zustande kommenden Verträge nicht an dem Kriterium der Sittenwidrigkeit und den Grundsätzen von Treu und Glauben, sondern an dem strengerem der Angemessenheit des § 307 BGB messen lassen müssen. Der hohe Kontrollmaßstab der §§ 307 ff. BGB gelte mithin als Standard. Dies widerspricht indes der Systematik des BGB, das den besonderen Kontrollmaßstab der §§ 307 ff. BGB doch ursprünglich nur in besonderen Fällen und gerade nicht als Standard gerechtfertigt sieht.

Auch darin kann durchaus eine Benachteiligung des unternehmerischen Geschäftsverkehrs bei der Verwendung standardisierter Vertragswerke gegenüber dem Verbraucherverkehr zu erblicken sein.

## **6. stärkeres Bedürfnis nach Risikoallokation**

Vorgenannte Problematik mag noch weiter an Brisanz erstarken, unterstellt man im unternehmerischen Geschäftsverkehr zudem eine – im Vergleich zum Geschäftsverkehr unter Beteiligung von Verbrauchern – höhere Bedeutung vertraglicher Risikoallokation. Eine solche wird generell bereits bei Geschäften mit höheren Kapitalvolumina anzunehmen sein, die im unternehmerischen Geschäftsverkehr sicherlich häufiger getätigt werden als zwischen Verbrauchern. Diese wird aber in Folge der aufgezeigten Rechtsunsicherheiten bei Vertragsschlüssen unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen schon aufgrund des im Einzelfall nur schwer zu bestimmenden Kontrollmaßstabes und der einhergehenden fehlenden Einschätzung von Vertragsrisiken erheblich erschwert. Dabei handelt es sich zwar um einen rein ökonomischen Ansatz, er beschreibt aber doch, und das hier ausreichend und erforderlich, einen bestehenden Kritikansatz an der *lex lata*.

## **7. Verlust von Privatautonomie**

All dem immanent ist schließlich die Befürchtung des Verlustes von Privatautonomie. Durch die AGB-Inhaltskontrolle wird doch einer dritten Stelle, dem Gericht, gleich einer „kontrollierenden Vertragspartei“, eine Art nachträgliches Mitspracherecht hinsichtlich des Vertragsinhaltes zugesprochen. Die Inhaltskontrolle führt durchaus dazu, dass in der Folge, unter engen Maßstäben, der Wille der Parteien überprüft und somit der Inhalt des Vertrages nicht mehr der alleinigen Bestimmung der Parteien unterliegt; gilt doch bei einer unwirksamen Klausel stattdessen dispositives Gesetzesrecht. Dem gegenüber lässt sich freilich einwenden, dass diese Einschränkung durchaus hinnehmbar ist, wenn der Verwender eben Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet. Den Parteien steht doch auch ohne weiteres das Treffen individualvertraglicher Abreden zu, wenn sie Bestimmungen treffen und gelten wissen wollen, die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam wären. „Ein schwacher Trost“

könnte die Antithese lauten, will man wie aufgezeigt davon ausgehen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen die gängige Art des Vertragsschlusses im unternehmerischen Geschäftsverkehr darstellen.<sup>64</sup>

## **II. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB im Lichte der „Gleichschritt-Rechtsprechung“ des BGH**

### **1. Die Indizienkataloge der §§ 308, 309 BGB**

Die bestehende Kritik an der geltenden Rechtslage erschöpft sich aber nicht in vorgenannten Gründen. Sie wird auch aufgrund des Prüfungsumfangs der Angemessenheitskontrolle geübt.

Gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 ist die Wirksamkeit einer gegenüber einem Unternehmer gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung nur anhand der Angemessenheitskontrolle des § 307 BGB zu bemessen. Insbesondere die Klauselkataloge der §§ 308, 309 BGB sollen danach keine Anwendung finden. Es gilt damit allein dessen allgemeiner, überindividueller und von den konkreten Umständen des Einzelfalls losgelöste Maßstab, ohne Rücksicht auf die individuelle Schutzbedürftigkeit des einzelnen Vertragspartners.<sup>65</sup>

Der Gesetzgeber hat es über § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB allerdings ermöglicht, im Rahmen einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB eine Klausel für unwirksam zu erklären, die einem der Tatbestände der §§ 308, 309 BGB entspricht. Finden diese somit im unternehmerischen Geschäftsverkehr zwar nicht direkt Anwendung, so wird ihnen von der Rechtsprechung darüber im Rahmen der Angemessenheitskontrolle nach § 307 BGB aber eine Indizwirkung für die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel beigemessen.<sup>66</sup> Über diese Indizwirkung der

---

<sup>64</sup> So selbst die Gesetzesbegründung zur Einführung des AGB-Gesetzes v. 06.08.1975, vgl. BT-Drs. 7/3919, S. 9.

<sup>65</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, § 307 BGB, Rn. 371.

<sup>66</sup> Vgl. u.a. BGH, NJW 2007, 3774; BGH, NJW 1984, 1750; BGH, NJW 1981, 1501; BGH, NJW 1984, 1750; BGH, NJW 1993, 2436; BGH, NJW 1996, 389;

Tatbestände der §§ 308, 309 BGB im Rahmen des § 307 BGB schafft die Rechtsprechung eine Art „quasi-zwingendes Recht“ im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, was § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB über die flexible Regelung des § 307 BGB aber gerade nicht hat bezwecken wollen können.<sup>67</sup> Im Ergebnis wird damit die Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr annähernd derer im Verbraucherverkehr entsprechen, obwohl die Wertung des Gesetzes in § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich die Anwendung der §§ 308, 309 BGB bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr ausnimmt.

Zudem mag eine solche mittelbare Anwendung der §§ 308, 309 BGB dazu führen, dass der Prüfungsmaßstab der Inhaltskontrolle nicht mehr der gewollte, überindividuelle des § 307 BGB ist, sind doch die den §§ 308, 309 BGB zugrunde liegenden Wertungen von Einfluss, die indes die Unwirksamkeit einer Klausel gerade nicht überindividuell, sondern in Bezug zu einer besonderen Schutzbedürftigkeit der Verwendergegenseite bestimmen. In unternehmerischer Geschäftspraxis kann jedoch gerade das Bedürfnis bestehen, von den gesetzlichen Wertungen, bspw. hinsichtlich Risikoverteilungen, abzuweichen. Von den Wertungen der §§ 308, 309 BGB abweichende Risikoverteilungen in AGB werden dem folgend aber grundsätzlich, auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr, nur in Ausnahmefällen zulässig sein können.<sup>68</sup>

---

Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, § 307 BGB, Rn. 371; die Indizwirkung der Klauselverbote gilt selbst dann, wenn der Gesetzgeber bei Schaffung des betreffenden Klauselverbots, wie bspw. bei § 309 Nr. 8 BGB, ausdrücklich den Verbraucherverkehr als Adressat sah, vgl. BGHZ 122, 241, 245; Lapp/Salomon, in: jurisPK-BGB, § 310 BGB, Rn. 14.

<sup>67</sup> So Berger/Kleine, BB 2007, 2137; bereits zum AGBG Alisch, JZ 1982, 706, 709.

<sup>68</sup> Vgl. BGH, NJW 1988, 1785, 1788; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 535; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, § 307 BGB, Rn. 373.



## **2. Risiko der Unwirksamkeit formularmäßiger Haftungsbegrenzungs- und -freizeichnungsklauseln selbst im Unternehmerverkehr**

Von besonderer Relevanz muss diese Problematik bei der Verwendung von Haftungsbegrenzungs- und Haftungsfreizeichnungsklauseln erachtet werden.<sup>69</sup> Haftungsbegrenzungsklauseln und Haftungsfreizeichnungsklauseln ermöglichen vertragsschließenden Unternehmen eine verbesserte Einschätzung der Vertragsrisiken und sind daher von besonderer Bedeutung, nicht zuletzt aus diesem Grunde insbesondere im internationalen Handelsverkehr üblich.<sup>70</sup> Eine formularmäßige Haftungsfreizeichnung für alle in der unternehmerischen Praxis relevanten Schadenspositionen ist aufgrund der aufgezeigten Indizwirkung der Unwirksamkeit einer entsprechenden Klausel wegen des dabei stets in Rede stehenden Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 BGB allerdings kaum möglich.

So sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs formularmäßige Haftungsausschlüsse und -beschränkungen für Fälle vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhaltens auch im unternehmerischen Rechtsverkehr grundsätzlich unwirksam.<sup>71</sup> Hinzu tritt jedoch, dass dies nach der „Kardinalpflichtenrechtsprechung“<sup>72</sup> des Gerichtshofs gar für den Bereich einfacher Fahrlässigkeit gelten kann. Danach ist eine formularmäßige Freizeichnung von der Haftung gar für einfache Fahrlässigkeit dann unwirksam, wenn sie zur Aushöhlung von vertragswesentlichen Rechtspositionen des

---

<sup>69</sup> Vgl. Berger/Kleine, BB 2007, 2137 f.; Kessel/Stomps, BB 2009, 2666 f..

<sup>70</sup> Vgl. Berger/Kleine, BB 2007, 2137.

<sup>71</sup> Vgl. BGH, NJW 1996, 1407; BGH, NJW 1985, 3016; BGH, NJW 1984, 1350; BGH, NJW 1985, 2258; BGH, NJW 1988, 1785; BGH, NJW 1985, 914; BGH DB 1981, 687; insofern der BGH in seiner Entscheidung vom 03.03.1988 – X ZR 54/86 = NJW 1988, 1785 in einem formularmäßigen Werftwerkvertrag eine Haftungsfreizeichnung für grobe Fahrlässigkeit als zulässig erachtete, hat er ausdrücklich klargestellt, dass es sich dabei um eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung handelte, vgl. BGH, NJW-RR 2001, 342 f; zur Zulässigkeit und Reichweite von Haftungsfreizeichnungen in Versorgungsverträgen vgl. u.a. bereits BGH, NJW 1969, 1903 ff; für vorsätzliches Handeln folgt die Unzulässigkeit freilich bereits aus § 276 Abs. 3 BGB.

<sup>72</sup> Zunächst u.a. BGHZ 49, 356, 363 für den Fall der Zurverfügungstellung eines fahrtüchtigen Schiffs, in der Zeit ausgeweitet auf jeden Vertragstyp, vgl. bspw. BGH, NJW-RR 2006, 267; Graf v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Kapitel 10, Rn. 37 m.w.N.

Vertragspartners führen kann, etwa weil ihm dadurch solche Rechte genommen oder er darin eingeschränkt wird, die ihm nach Inhalt und Zweck des Vertrages gerade zu gewähren sind – also die Erreichung des Vertragszwecks durch die Einschränkung gefährdet würde.<sup>73</sup> Auch ein wirksamer Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist damit bei Verletzungen von Kardinalpflichten<sup>74</sup> bzw. wesentlichen Vertragspflichten<sup>75</sup> nicht möglich.<sup>76</sup> Weiterhin darf die Haftungsbeschränkung auch nicht dazu führen, dass der Klauselverwender von Verpflichtungen befreit wird, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf.<sup>77</sup>

Im Ergebnis wird danach auch im Bereich einfacher Fahrlässigkeit eine formularmäßige Haftungsbeschränkung in einer Vielzahl von Fällen kaum rechtssicher denkbar sein dürfen, selbst wenn der andere Teil sich bei Vertragsschluss mit Geltung und Wirksamkeit einer solchen Klausel einverstanden erklärte.

Insbesondere auch dieser Umstand wird durchaus Kalkulationsgrundlagen zu beeinträchtigen in der Lage sein und den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Versichern (insofern überhaupt möglich) unkalkulierbarer Risiken zwingen.<sup>78</sup> Dies wiederum kann sich letztendlich auf die Preisgestaltung des Verwenders nachteilig auswirken, wenn eine Kompensation der Mehrkosten für Versicherung solcher Risiken im Wege einer

---

<sup>73</sup> Vgl. u.a. BGH, ZIP 1984, 971, 973; BGH, ZIP 1984, 1098, 1100; Graf v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Kapitel 10, Rn. 38.

<sup>74</sup> Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass der BGH bei Benutzung des Begriffs der „Kardinalpflicht“ in AGB im Unternehmerverkehr einen Verstoß gegen das Transparenzgebot sieht, vgl. BGH, NJW 2006, 46 – „Honda-Entscheidung“.

<sup>75</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 2005, 1496, 1505.

<sup>76</sup> Schwab, AGB-Recht, Rn. 927; vgl. auch Motzke/Bauer/Seewald/Klose, Prozesse in Bausachen, § 9, Rn. 73 m.w.N.; zum Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 74.

<sup>77</sup> Vgl. nur BGHZ 149, 89, 95 f.; BGHZ 145, 203, 244; BGH, NJW 1993, 335; vgl. auch BeckOK BGB/Becker, § 309 Nr. 7 BGB zu weiteren Beispielen der Kasuistik.

<sup>78</sup> Vgl. Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2138; auch Langer, WM 2006, 1233, 1237; dem wird in der Praxis mangels hinreichender Kontur auch nicht die in Grenzen mögliche Begrenzung auf den „vertragstypisch vorhersehbaren Schaden“ wirksam Abhilfe schaffen können, vgl. Kollmann, NJOZ 2011, 625.

Preiserhöhung erfolgen muss. Nicht unberechtigt wird dies zum Teil als Wettbewerbsnachteil empfunden.<sup>79</sup>

Besonders brisant kann sich diese Problematik schließlich im umgekehrten Fall in internationalen Subunternehmerkonstellationen darstellen. Insofern in solcherlei Vertragsbeziehungen ein ausländischer Endkunde auf die Anwendung ausländischen Rechts auf sein Vertragsverhältnis besteht, wird dies den Unternehmer im Verhältnis zu einem Subunternehmer oder auch Zulieferer, dessen er sich rechtlich oder tatsächlich zur Erfüllung seiner Vertragspflichten bedient, selbst im Falle, dass dieser die Anwendung deutschen Rechts akzeptieren würde, dennoch zu Abwahl des deutschen Rechts zwingen. Bei formularmäßigen Vertragsabschlüssen drohten ansonsten Regresslücken, stelle man sich nur die Konstellation vor, der Endkunde bestehe auf der Anwendbarkeit eine verschuldensunabhängige Haftung für Schadensersatzansprüche aus Vertragsverletzungen zulassenden englischen Rechts, die im Verhältnis zum Subunternehmer oder Zulieferer aufgrund formularmäßiger Unwirksamkeit solcher Klauseln nach deutschem Recht nicht gleichsam weitergeleitet werden könnte.<sup>80</sup> Aus solcherlei Erwägungen kann daher abermals ein Standortnachteil und Wettbewerbsnachteil deutscher Unternehmen gefolgert werden.

Zusammenfassend ist bei grenzüberschreitenden Verträgen im internationalen Geschäftsverkehr nicht von der Hand zu weisen, dass aufgrund der Unzulässigkeit formularmäßiger Haftungsfreizeichnungen sich deutsche AGB-Verwender, im Vergleich zu Verwendern, die einem anderen Rechtssystem unterliegen welches umfassende Freizeichnungen in haftungsrechtlicher Hinsicht erlaubt, einem Wettbewerbsnachteil gegenüber sehen müssen, insbesondere da ausländische Unternehmer nicht in gleichem Maße zum Versichern der mangels Freizeichnung bestehenden Risiken gezwungen sind und somit eine Kosteneinsparung generieren können. Auch aufgrund dieser Nachteile wird vertreten, dass deutschen Unternehmen häufig nur die „Flucht“

---

<sup>79</sup> Vgl. Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2138.

<sup>80</sup> Zu AGB-rechtlichen Restriktionen am Beispiel der Vertragsgestaltung von Einkaufsverträgen vgl. BGH, ZGS 2006, 26 ff.

in ausländische Rechtsordnungen zur Lösung bzw. Umgehung dieses Problems bleibe.<sup>81</sup>

### **3. Normzweck des § 310 Abs. 1 BGB**

Bei Beurteilung dieses weitgehend vertragspraktisch wie ökonomisch basierten Kritikansatzes an der lex lata ist aus gesetzgeberischer und teleologischer Sicht zu berücksichtigen, dass der Normzweck des § 310 Abs. 1 BGB nicht auf eine generelle Absenkung des Schutzniveaus für Unternehmer gerichtet ist.<sup>82</sup> Sieht man den Normzweck etwa in einer Flexibilisierung der Inhaltskontrolle, so wird die nur ausnahmsweise Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr noch nicht zu beanstanden sein. Auch schließt eine einheitliche Behandlung des unternehmerischen Geschäftsverkehrs und des Verbraucherverkehrs nicht aus, dass auf spezifische Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs im Rahmen der Angemessenheitskontrolle Rücksicht genommen werden könnte.<sup>83</sup>

Dem muss dem vorstehend Skizzierten folgend jedoch entgegen gehalten werden, dass in der Rechtsprechungspraxis diese theoretisch eingeräumte Flexibilität offensichtlich kaum genutzt wird. Dies mag sich daraus begründen, dass sich in höchstrichterlicher Rechtsprechung mit dem Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit<sup>84</sup> ein hohes Schutzniveau etabliert hat, von dem ein Abweichen kaum zu erwarten ist.

---

<sup>81</sup> Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2138 m.w.N.; auch Langer, WM 2006, 1233, 1237.

<sup>82</sup> U.a. Stoffels, AGB-Recht, Rn. 553a.

<sup>83</sup> So Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 310 BGB, Rn. 28.

<sup>84</sup> Vgl. Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 56.

### **III. § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB – der Begriff der Rücksichtnahme auf im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche**

Dabei ist letztlich nicht außer Acht zu lassen, dass der Gesetzgeber neben der in § 310 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 BGB vorgesehenen Differenzierung hinsichtlich des Maßstabs der Inhaltskontrolle zwischen Unternehmer- und Verbraucherverkehr in § 310 BGB Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB eine weitere AGB-rechtliche Sonderregelung für den unternehmerischen Geschäftsverkehr vorgesehen hat.<sup>85</sup> Hiernach ist bei der Inhaltskontrolle einer AGB-Klausel, die zwischen Unternehmern zur Anwendung kommt, auf die im Handelsverkehr geltenden Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Dadurch soll dem Bedürfnis einer flexiblen Inhaltskontrolle, nun nicht nur im Vergleich zum Verbraucherverkehr, sondern auch innerhalb des unternehmerischen Geschäftsverkehrs Rechnung getragen werden; zur Berücksichtigung divergierender Schutzbedürfnisse unterschiedlicher unternehmerischer Akteure.<sup>86</sup> Dabei wirkt die Vorschrift dergestalt, dass das Vorliegen einer handelsgebräuchlichen Klausel deren Wirksamkeit indiziert, quasi als Gegenstück zur Regelung des § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB.<sup>87</sup>

Auch hier geht Kritik indes dahin, dass auch die Vorschrift des § 310 Abs. 1 Satz 2 2. HS BGB dennoch keine angemessene Berücksichtigung der Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs gewährleisten könne, diesen nicht ausreichend vor der Indizwirkung der §§ 309, 308 BGB schütze, im Ergebnis von wenig Einfluss auf die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB sei und keine Korrekturmöglichkeit zuvor aufgeworfener Kritikpunkte biete.<sup>88</sup>

Das Kernproblem der geltenden Fassung des § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB sei, dass der Wortlaut „Rücksichtnahme auf die im Handelsverkehr

---

<sup>85</sup> Sog. „doppeltes Differenzierungsgebot“.

<sup>86</sup> Vgl. Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2138.

<sup>87</sup> Vgl. MÜKO/Basedow, § 310 BGB, Rn. 9.

<sup>88</sup> Insbesondere Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 ff.; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441 ff.

geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ dem des Handelsbrauchs des § 346 HGB entspricht. Daraus folge ein problematischer Gleichlauf.

## **1. Problem der fehlenden Kontur des Begriffs „Rücksichtnahme auf im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche“**

So wird zum Einen als problematisch erachtet, dass der Wortlaut des § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB zwar vermuten lässt, dass dort auf Handelsbräuche i.S.v. § 346 HGB abgestellt werden soll, auf die bei der Inhaltskontrolle besondere Rücksicht zu nehmen ist, eine Identität der per se unterschiedlichen Begriffe aber nicht feststehe.<sup>89</sup> Des Weiteren sei nicht geklärt, wie eine „angemessene Rücksichtnahme“ denn tatsächlich auszusehen habe.<sup>90</sup> Auch ist die Ansicht existent, auch § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB solle nur der Berücksichtigung der Flexibilität der Inhaltskontrolle dienen und gar nicht dem Begriff des Handelsbrauchs des § 346 HGB entsprechen.<sup>91</sup> Solche Differenzen bzgl. der inhaltlichen Konturierung der Norm haben zu einem „Schattendasein“ selbiger geführt.<sup>92</sup> Der gesetzgeberische Zweck – Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse des Unternehmerverkehrs bei der Inhaltskontrolle durch die Schaffung eines Korrektivs zur Indizienwirkung der §§ 309, 308 BGB<sup>93</sup> – kann daher auch hierüber kaum erreicht werden.

---

<sup>89</sup> So Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658; a.A. Ermann/Roloff, § 310 BGB, Rn. 8; Graf v. Westphalen, BB 2010, 195.

<sup>90</sup> Vgl. Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 443.

<sup>91</sup> So bereits Rabe, NJW 1987, 1978, 1983.

<sup>92</sup> Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658; mit anderen Argumentation Graf v. Westphalen, BB 2010, 195.

<sup>93</sup> MÜKO/Basedow, § 310 BGB, Rn. 9.

## 2. Problem der Maßgeblichkeitsüberzeugung

Eine weitere Problematik des § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB liegt im Begriff des Handelsbrauchs selbst begründet. § 346 HGB regelt dazu: „Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen“. Geht man mit der wohl h.M. nun davon aus, dass die Formulierung des § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB auf die des § 346 HGB Bezug nimmt und diesem inhaltlich entsprechen soll<sup>94</sup>, stellt sich aber die Frage, wie dieser inhaltlich zu definieren ist, um bestimmen zu können, welchen Inhalten im Einzelnen über § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr besondere Berücksichtigung zukommen kann.

## 3. Der Begriff des „Handelsbrauchs“

Definitiv setzt ein Handelsbrauch eine „tatsächliche Übung unter Kaufleuten von einer gewissen Art und Dauer voraus, wobei die beteiligten Verkehrskreise diese Übung als maßgeblich ansehen müssen.“<sup>95</sup> Zunächst muss somit eine tatsächliche Übung einer rechtlich relevanten Verhaltensweise bestehen. Der Begriff der Übung wiederum fordert begriffsnotwendig eine gewisse Häufigkeit der Verhaltensweise. Eine Rechtsbeziehung zwischen einzelnen Partnern wird dafür nicht ausreichend sein, die Übung muss sich vielmehr auf einen bestimmten Verkehrskreis beziehen.<sup>96</sup> Eine solche Übung müsste dann unter Kaufleuten bestehen. Dies gilt jedoch nur im Grundsatz – ein Handelsbrauch kann auch für nicht-kaufmännische Unternehmer gelten.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> So MÜKO/Basedow, § 310 BGB, Rn. 9; nach BeckOK BGB/Becker, § 310 BGB, Rn. 2 geht dessen Bedeutung gar über die Reichweite des § 346 HGB hinaus; Graf v. Westphalen, BB 2010, 195; Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 310 BGB, Rn. 4.

<sup>95</sup> MÜKO/Schmidt, § 346 HGB, Rn. 11.

<sup>96</sup> MÜKO/Schmidt, § 346 HGB, Rn. 11 ff.

<sup>97</sup> Vgl. dazu im Einzelnen MÜKO/Schmidt, § 346 HGB, Rn. 12.

Weiteres Merkmal ist das Stattfinden der Übung über einen ausreichenden Zeitraum, wobei dessen Länge einzelfallabhängig ist. Relevant ist, dass der Zeitraum einen solchen Umfang hat, dass sich die Übung zu einer Verhaltensweise der Verkehrskreise „verfestigen“ kann.<sup>98</sup>

Abschließend erfordert ein „Handelsbrauch“ eine Maßgeblichkeitsüberzeugung der beteiligten Verkehrskreise von der Verbindlichkeit der Übung und ihrer Folgen. Eine über einen gewissen Zeitraum unter Kaufleuten stattfindende gleichförmige Verhaltensweise kann somit nur zum Handelsbrauch „erstarken“, wenn die beteiligten Verkehrskreise sie als maßgeblich ansehen. Im Gegensatz zur Bildung von Gewohnheitsrecht, bedarf es bei einem Handelsbrauch zwar nicht des Willens der beteiligten Verkehrskreise, die Übung habe Rechtsgeltung, aber es ist zumindest eine Billigung bzw. Respektierung notwendig. Diese Voraussetzung des Handelsbrauchs ist jene, an welche die hier dargestellte Kritik wieder anknüpft.

Grundsätzlich können auch im Verkehr übliche Vertragsklauseln oder Geschäftsbedingungen ohne ausdrückliche Vereinbarung Handelsbrauch werden.<sup>99</sup> Teilweise wird gar vertreten, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen den Handelsbrauch ersetzt haben.<sup>100</sup> Zurück kehrend zum Klauselrecht der §§ 305 ff. BGB bedeutet dies, dass auf solche bei einer Inhaltskontrolle über § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB angemessen Rücksicht zu nehmen wäre. Dies wiederum muss zur Folge haben, dass eine zum Handelsbrauch gewordene Klausel im Rahmen der Inhaltskontrolle nicht als unwirksam erachtet werden könnte, würde dies doch einen Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot des § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB darstellen. Dem zufolge bestünde eine Möglichkeit, die Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs über § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB im Rahmen der Inhaltskontrolle angemessen zu berücksichtigen. Ledigliche Voraussetzung hierfür ist, dass eine typische Vertragsklausel zum „Handelsbrauch“ geworden ist.

---

<sup>98</sup> So MÜKO/Schmidt, § 346 HGB, Rn. 13.

<sup>99</sup> MÜKO/Basedow, § 310 BGB, Rn. 11.

<sup>100</sup> Basedow, ZHR 150 (1986), 469, 480.



Eben in diesem Punkt ist aber wieder zu der Voraussetzung eines Handelsbrauchs – der Maßgeblichkeitsüberzeugung – zurück zu kehren. Es muss sich nämlich die Frage aufdrängen, wie eine Klausel, die eigentlich über § 307 BGB unwirksam ist und der Inhaltskontrolle nur über § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB standhalten kann, wenn sie selbst zum Handelsbrauch geworden ist, überhaupt zu einem solchen werden kann. Wie können die beteiligten Verkehrskreise eine Klausel als maßgeblich erachten, die einer Inhaltskontrolle nicht standhalten kann? Dieses Problem muss zur Infragestellung der Pauschalaussage führen, wie dann AGB-Klauseln den Handelsbrauch der heutigen Zeit darstellen können. Dies könnten sicherlich wirksame Klauseln. Allerdings bedürfte es zur Feststellung der Wirksamkeit wieder einer Inhaltskontrolle. Auf was soll dann im Rahmen dieser aber wieder Rücksicht genommen werden - § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB? Ein „Bestehen“ jener Klauseln, die gegen § 307 BGB verstoßen, an deren Wirksamkeit der unternehmerischen Praxis aber gelegen ist, kann über § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB somit kaum erreicht werden. Die Kritik scheint hier berechtigt, wäre eine Annahme einer unwirksamen Bedingung als Handelsbrauch bereits widersinnig.<sup>101</sup>

Eine Lösung dieses Problems kann auch nicht über den Ansatz befriedigend herbei geführt werden, sich von der Allgemeinen Geschäftsbedingung als Handelsbrauch zu distanzieren und bei einer individualvertraglichen Abrede anzusetzen, diese zu versuchen, als Handelsbrauch und nach Geltung als Handelsbrauch der Verwendung als Allgemeine Geschäftsbedingung zuzuführen, da dann einer Unwirksamkeit über § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB begegnet werden könnte. Hier liegt wiederum das Problem darin, dass Klauseln, die individualvertraglich zur Anwendung kommen, wohl nur in seltenen Fällen die für eine Übung i.S.v. § 346 HGB notwendige Häufigkeit erfüllen werden, was allein durch die Vielzahl an im unternehmerischen Geschäftsverkehr verwendeten Klauseln bedingt ist. Insgesamt bietet auch die Vorschrift des § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB somit kaum hinreichende

---

<sup>101</sup> Mit ähnlicher Argumentation Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658, 2659; auch MÜKO/Schmidt, § 246 HGB, Rn. 10; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, § 305 BGB, Rn. 84.

Möglichkeiten, den Bedürfnissen unternehmerischer Praxis bei der AGB-Klauselgestaltung Rechnung zu weiter gehender Geltung zu verhelfen.

#### **IV. Veränderung/Verschiebung der Wertungsmaßstäbe des BGB**

Schließlich bestehen Kritikansätze an der geltenden Rechtslage der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr in noch generellerer Sicht.

Das dispositive Vertragsrecht des BGB, das den Kontrollmaßstab für die Inhaltskontrolle stellt, war bei der Schaffung des AGBG ein anderes, als heute. Nicht zuletzt im Zuge europarechtlicher Harmonisierung und Vorgaben wandelte und wandelt sich das Vertragsrecht zunehmend zu einem Verbraucherschutzrecht.<sup>102</sup> Auch wenn das AGBG in seiner Erstfassung kein Verbraucherschutzgesetz im technischen Sinne war<sup>103</sup>, wird man nicht umherkommen, spätestens seit der Umsetzung der Klauselrichtlinie<sup>104</sup> dem ursprünglichen Schutzzweck des AGB-Rechts, dem Schutz vor einseitiger Vertragsgestaltungsfreiheit und vor der durch die Vorformulierung typischerweise bedingten Gefährdung des Vertragsgleichgewichts<sup>105</sup>, den Verbraucherschutz zum weiteren, „zweiten“, Schutzzweck hinzugetreten zu erkennen.<sup>106</sup> Eine Fortführung dieses „Trends“ ließ sich auch in der mit der Schuldrechtsmodernisierung 2002 einhergegangenen Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>107</sup> erkennen. Mit der daraus folgenden Verankerung der Grundsätze des Verbrauchsgüterkaufs in den §§ 474 ff. BGB

---

<sup>102</sup> Vgl. Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2138.

<sup>103</sup> Palandt/Grüneberg, Überblick v. § 305 BGB, Rn. 9.

<sup>104</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

<sup>105</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, u.a. § 305 BGB, Rn. 44.

<sup>106</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, Überblick v. § 305 BGB, Rn. 9.

<sup>107</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter. vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

erstarkten diese auch zu einem Grundgedanken der gesetzlichen Wertungen i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und damit zu einem Maßstab der AGB-Inhaltskontrolle.<sup>108</sup> Es zeigt sich damit bereits aus der Historie das Bestehen eines Risikos, dass sich die Wertungen des Vertragsrechts des BGB zunehmend von den Bedürfnissen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs entfernen.

Durch die Vermutung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass eine Klausel unwirksam ist, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar ist, besteht die berechtigte Befürchtung, dass dieser Umstand dazu führen wird, immer mehr, im unternehmerischen Geschäftsverkehr typische, aber dem Verbraucherverkehr fremde, Vertragsklauseln einer Unwirksamkeit zuzuführen. Wird die bisherige Entwicklung der Stärkung des Verbraucherschutzes fortgezeichnet, ist nicht auszuschließen, vielmehr zu erwarten, dass aufgrund einer solchen „Neuwertung“ des BGB die Zahl der Normen zunehmen wird, von deren Grundgedanken dann im unternehmerischen Geschäftsverkehr abgewichen wird.

Dieser Kritikansatz vermag der berechtigtste der aufgezeigten sein.

## V. Zwischenfeststellung

Den aufgezeigten Kritikansätze an der geltenden Rechtslage der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr gemein ist, dass die Kritik daran anknüpft, dass die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB zwar ganz grundsätzlich die Möglichkeiten einräumen, bei einer AGB-Inhaltskontrolle auf die Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs Rücksicht zu nehmen, dies aber in Folge der Entwicklung von Rechtsprechung und Gesetzgebung tatsächlich nicht in ausreichendem Maße geschieht. Insbesondere sei dies dem Umstand geschuldet, dass die höchstrichterliche

---

<sup>108</sup> Ebenso §§ 312, 312a-d, 312f, 348 – 350, 362, 366, 373 Abs. 2 BGB, §§ 376, 377, 391 HGB, Vgl. Dauner-Lieb, JZ 2001, 8, 13; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 443.

Rechtsprechung (entgegen der ursprünglichen Wertung des Gesetzgebers<sup>109</sup>) eine Gleichbehandlung von unternehmerischem und Verbraucherverkehr betreibe.<sup>110</sup> Zudem bestehe durch die zunehmende Verschiebung der Wertungsmaßstäbe des BGB im Zuge voranschreitender europarechtlicher Harmonisierung hin zu einem Verbraucherschutzrecht auch ein stetig zunehmendes Risiko, dass die Zahl der Unwirksamkeit im unternehmerischen Geschäftsverkehr gebräuchlicher Klauseln im Rahmen von § 307 BGB steigen könnte.

### **C. Reform des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

Vorgenannten Kritikansätzen gemein ist, dass Sie aus unternehmerischer Sicht weitgehend anhand praktischer und tatsächlicher Erfordernisse und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs, mithin aufgrund im Hinblick auf die Verkehrskreise subjektiver Elemente, eine Einschränkung der AGB-Inhaltskontrolle fordern. Das geltende AGB-Recht statuiert die Angemessenheitskontrolle des § 307 BGB jedoch unabhängig solcher Umstände für den B2C- als auch den B2B-Verkehr. Es stellt sich die Frage nach dem Begegnen der Kritik und der Findung einer Lösung.

---

<sup>109</sup> So die wohl h.M., vgl. Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 442 ff.; Berger, ZIP 2006, 2149 ff.; Berger/Kleine, BB 2007, 2137 ff.; Lischek/Mahnken, ZIP 2006, 158 ff.; Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350 ff.; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 ff.; ähnlich und im Ergebnis übereinstimmend Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, § 307 BGB, Rn. 373; wohl auch Stoffels, AGB-Recht, Rn. 553 ff.

<sup>110</sup> Vgl. Acker/Bopp, BauR 2009, 1040; Berger, NJW 2010, 465; Berger, ZIP 2006, 2149 ff.; Berger/Kleine, BB 2007, 2137 ff.; Brachert/Dietzel, ZGS 2005, 441; Dauner-Lieb/Axter, ZIP 2010, 309, 312; Kaufhold, BB 2012, 1235, 1236; Kessel/Stomps, BB 2009, 2666; Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350 ff.; Koch, BB 2010, 1810; Kollmann, NJOZ 2011, 625; Lenkaitis/Löwisch, ZIP 2009, 442 ff.; Lischek/Mahnken, ZIP 2006, 158 ff.; Miethaner, NJW 2010, 3121, 3127; Müller, BB 2012, 1355; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658 ff.; Müller/Schilling, BB 2012, 2319, 2323; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 235; Pfeiffer, NJW 2012, 1169; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 553 ff.; bereits zum AGBG Alisch, JZ 1982, 706, 709; im Ergebnis übereinstimmend auch Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, § 307 BGB, Rn. 373; a. A. Hensen, NJW 1987, 1986, 1987; MÜKO/Kieninger, § 307 BGB, Rn. 73 f.; Palandt/Grüneberg, § 307 BGB, Rn. 38 f.; Schmidt, NJW 2011, 3329; v. Westphalen, BB 2013, 1357; ders., BB 2011, 195, 196; ders. ZIP 2010, 1110; ders., NJW 2009, 2877; Schäfer, BB 2012, 1231.

# **I. Der Schutzzweck des AGB-Rechts des BGB**

## **1. Rationalisierungseffekt, Lückenauffüllungseffekt, Risikoverteilung**

Allgemeinen Geschäftsbedingungen lassen sich verschiedentliche Funktionen im Hinblick auf den durch sie erreichten Vertragsschluss entnehmen. Bereits eingangs wurde ausgeführt, dass einer der Gründe der zunehmenden „Durchsetzung“ von Allgemeinen Geschäftsbedingungen das „Mittel“ zur Beschleunigung und Vereinfachung von Vertragsabschlüssen war, da im Zuge der Zeit der im Bereich des Vertragsrechts bei Schaffung des BGB zugrunde gelegene Gedanke des privatautonomen, von gleichberechtigten Verhandlungspartnern durch einen ausgehandelten Konsens zustande kommenden, Vertrages nicht mehr den Gegebenheiten der Praxis nach einer Rationalisierung der Geschäftsabwicklung entsprach. Neben dieser, sich aus den Bedürfnissen der Vertragspraxis entwickelten und sich dem Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bietenden Möglichkeit zur Einsparung von Ressourcen und Schaffung von Kalkulationserleichterungen durch den Einsatz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Rationalisierungseffekt<sup>111</sup> – wird gerade in jüngerer Zeit als weiterer Grund bzw. die Verbreitung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen fördernder Umstand die starke Zunahme an Zahl der im Geschäftsalltag sich entwickelnden und zunehmend vermehrt gängigen Vertragstypen zu sehen sein. Bei zunehmender Zahl im Geschäftsalltag gängiger Vertragstypen wird das BGB, zumindest der auf der Annahme weniger, dogmatisch und regelungstechnisch streng getrennter Vertragstypen aufbauende besondere Teil des Schuldrechts, zwangsläufig an seine regelungstechnischen Grenzen gestoßen sein, respektive stoßen müssen.

---

<sup>111</sup> Vgl. auch BeckOK BGB/Becker, § 305 BGB, Rn. 1; auch MÜKO/Basedow, vor § 305 BGB, Rn. 2; Wolf/Neuner, § 47, Rn. 1; Palandt/Grüneberg, vor § 305 BGB, Rn. 5; Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 17 f.; zum Rationalisierungseffekt von AGB vgl. auch BT-Drs. 7/3919, S. 1, 3; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 4, Rn. 32.

Daher liegt der Schluss nahe, dass die bestehenden dispositiven Normen des BGB für neuartige und komplexe Vertragsgestaltungen nicht mehr ausreichen bzw. nicht mehr unmittelbar anwendbar waren, beziehen sie sich demnach doch stets auf besonders normierte und nach der Wertung des Gesetzes „relevanteste“ Vertragsformen. Diesem Umstand beugend, so vertreten, habe sich die Wirtschaft über den Weg der Schaffung von Standardklauseln ihr eigenes Recht zur Regelung entsprechender Vertragstypen geschaffen<sup>112</sup> - eine Art „Lückenfüllungsfunktion“ als weitere Funktion von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>113</sup>

Neben die vorgenannten Funktionen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bieten AGB-rechtliche Vertragsgestaltungen die Möglichkeit einer Abwälzung von rechtlichen Risiken des Verwenders von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den anderen Teil. Allgemeine Geschäftsbedingungen können zu einem Instrument einer Risikoverteilungspraxis werden, die nicht mehr den vom Gesetzgeber dispositiv vorgesehenen Wertungen zur gleichmäßigen Verteilung von Vertragsrisiken entsprechen kann.<sup>114</sup> Selbstredend ist dieses Charakteristikum keinesfalls jedweder Allgemeinen Geschäftsbedingung zwingend immanent; jedoch ein „häufiges Kennzeichen solcher Art entpersonalisierter Verträge“.<sup>115</sup>

Dass in einem kapitalistischen Wirtschaftssystem jeder der wirtschaftlichen Akteure das Ziel verfolgt, seinen eigenen Interessen größtmöglich zur Geltung zu verhelfen sei vorausgesetzt, sodass sich die Antwort, warum der Verwender einer Allgemeinen Geschäftsbedingung Interesse hat, aus eben diesen marktwirtschaftlichen Bestrebungen von selbst ergibt. Allerdings verbleibt die Frage, was den anderen Teil zur Zustimmung zu solchen, für ihn dann doch unvorteilhaften und ihn einseitig belastenden Vertragskonditionen bewegt. Es stellt sich die Frage nach dem Grund, warum der andere Teil nicht auf individualvertraglicher Aushandlung des Vertrages, sieht das BGB dies doch als

---

<sup>112</sup> So MÜKO/Basedow, vor § 305 BGB, Rn. 2.

<sup>113</sup> So Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 16, Rn. 1; auch Stoffels, AGB-Recht, Rn. 71.

<sup>114</sup> MÜKO/Basedow, vor § 305 BGB, Rn. 2.

<sup>115</sup> Vgl. Regierungsentwurf zum AGBG, BT-Drs. 7/3919, S. 9.; MÜKO/Basedow, vor § 305 BGB, Rn. 2; Raiser, S. 18; auch Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § 16, Rn. 1.

„Standardfall“ des Zustandekommens eines Vertrages vor, besteht. Der Grundgedanke des Vertragsrechts des BGB, dass aus Vertragsfreiheit auch Vertragsgerechtigkeit folgt, was auch daran zum Ausdruck kommt, dass der überwiegende Teil des BGB-Schuldrechts dispositiv gestaltet wurde<sup>116</sup>, scheint bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht umfassend zur Geltung zu kommen.

### **3. Machtgefälle und fehlende Vertragsparität**

Eine Motivation für den anderen Teil für ein solches „Hinnehmen“ von Vertragsbedingungen kann in einer Art übermächtiger Stellung des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingung liegen. In vielen Bereichen im Geschäftsverkehr kann der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bspw. in wirtschaftlicher, sozialer, intellektueller oder psychologischer Hinsicht „über“ dem anderen Teil stehen – in einer Position der Darstellung eines erhöhten „Machtfaktors“, gegen den sich der andere Teil gerade aufgrund der unausgeglichene Machtbalance nicht erwehren können mag und sich allein daher den gesetzten Bedingungen des Verwenders förmlich „unterwirft“. <sup>117</sup> Dem beugend könnte bereits die sozialstaatliche Ordnung gebieten, bei Vertragsschlüssen unter Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dennoch ein ausreichendes Maß an Vertragsgerechtigkeit zu gewährleisten und durch die Regelungen der §§ 305 – 310 BGB eine einseitige Inanspruchnahme von Vertragsgestaltungsfreiheit durch den Verwender, die den anderen Teil im Zweifel unangemessen benachteiligt, verhindern. <sup>118</sup>

Setzt man in diesem Kontext die zuvor erläuterte Funktion der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Instrument einseitiger Risikoverteilung, so folgt, dass sich der andere Teil einer solchen nachteiligen Risikoverteilung, anders als

---

<sup>116</sup> Vgl. MÜKO/Basedow, vor § 305 BGB, Rn. 4.

<sup>117</sup> Vgl. Nicklisch, BB 1974, 941, 943 f; Wolf, JZ 1974, 468 ff.

<sup>118</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, Überblick v. § 305 BGB, Rn. 8.

individualvertraglich, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht entziehen kann und erklärt sich zugleich der Grund der Möglichkeit zur einseitigen Risikoverteilung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Aus diesem Umstand – einer strukturellen Unterlegenheit – wird dem anderen Teil eine besondere Schutzbedürftigkeit gegenüber dem Verwender zukommen dürfen. In dieser Schutzbedürftigkeit kann der Schutzzweck des AGB-Rechts liegen. Darin, das Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien auszugleichen und der besonderen Schutzbedürftigkeit der Verwendergegensseite Rechnung zu tragen.<sup>119</sup>

Bei einer solchen Begründung des Schutzzwecks müsste einem Verbraucher als Teilnehmer am Rechts- und Wirtschaftsverkehr von grundsätzlich besonderer Schutzbedürftigkeit innerhalb der Gruppe des schutzbedürftigen anderen Teils eine besondere Rolle zukommen.<sup>120</sup>

#### **4. Partielles Marktversagen – Schutz vor einseitiger Vertragsgestaltungsfreiheit**

Den dargestellten Schutz des schwächeren anderen Teils als Schutzzweck des AGB-Rechts auszuweisen ist allerdings keinesfalls unumstritten. Ist dieser Gedanke zunächst konsequent, muss es im Folgenden jedoch fraglich erscheinen, ob die Übermachtstellung des AGB-Verwenders als einziger Grund für den Umstand gelten kann, dass der andere Teil gestellte AGB-Bestimmungen regelmäßig trotz einseitiger Benachteiligung in Kauf nimmt. Vielmehr mag dagegen sprechen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen teilweise auch widerspruchlos hingenommen werden, wenn die

---

<sup>119</sup> So Nicklisch, BB 1974, 942, 944; Wolf, JZ 1974, 468 ff.

<sup>120</sup> a.A. BVerfG, NJW 1990, 1469, 1470, das in einer im Unternehmerverkehr getroffenen Entscheidung aus der Übermacht des Verwenders auf eine einseitige Vertragsgestaltungsmacht schloss und daher zum Schutz des unterlegenen Vertragsteils den Anwendungsbereich der AGB-Inhaltskontrolle befürwortete. Das BVerfG wertete also aus der einseitig in Anspruch genommenen Vertragsgestaltungsfreiheit ein Indiz für eine strukturelle Unterlegenheit des anderen Teil; vgl. hierzu auch Graf v. Westphalen, BB 2011, 195 ff.



Vertragsparteien Unternehmer sind und überdies gar in Branchen, in denen eine Vielzahl von konkurrierenden Unternehmen auf Verwenderseite der Allgemeinen Geschäftsbedingung für den anderen Teil als Vertragspartner in Frage kommt. In solcherlei Konstellationen wird ein höherer Machtfaktor des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingung schwerlich anzunehmen sein können, geschweige denn eine Alternativlosigkeit des anderen Teils, die gleichfalls seine Unterlegenheit bedingen könnte.

Trotz der fehlenden strukturellen Ungleichheit der Vertragsparteien und des Umstandes, dass dem anderen Teil eine Vielzahl an möglichen Vertragspartnern zur Verfügung steht, der AGB-Verwender in der Folge gegenüber dem anderen Teil also auch keineswegs in einer übermächtigen Verhandlungsposition befindlich ist, werden den Verwender einseitig begünstigende AGB-Klauseln in einer Vielzahl von Fällen vom anderen Teil dennoch ohne Widerspruch hingenommen.

Als Begründung für ein solches widerspruchssloses Hinnehmen von in singulärer Betrachtung hinsichtlich des rechtlichen Regelungsinhalts nachteiliger Allgemeiner Geschäftsbedingungen werden zum Teil ökonomische Erwägungen anführbar sein können. Der Aufwand für den anderen Teil, einen Vergleich von seitens aller möglicher Verhandlungspartner angetragenen Vertragsbedingungen durchzuführen, soll danach ökonomisch in keinem positiven Verhältnis mehr zu den Vorteilen stehen, die dem anderen Teil aus einem solchen Verfahren erwachsen würden<sup>121</sup>; der Umstand eines „partiellen Marktversagens“. Die Möglichkeiten, die dem anderen Teil im Rahmen der Vertragsverhandlungen zur Verfügung stehen, erscheinen ihm aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten derart unattraktiv, dass er von ihnen regelmäßig keinen bzw. kaum Gebrauch macht. Der Aufwand an Ressourcen, der dem anderen Teil anfallen würde, im Wege von Vertragsverhandlungen eine Änderung der Vertragsbedingungen herbeizuführen, eventuell einen Rechtsbeistand zu konsultieren oder um die Konditionen der Konkurrenten des

---

<sup>121</sup> Vgl. Stoffels, AGB-Recht, Rn. 86; MÜKO/Basedow, vor § 305 BGB, Rn. 4.

Verwenders zu vergleichen, stünde nicht mehr in Relation zu den dadurch erwarteten Vorteilen im Rahmen der Risikoallokation.

Die unverhältnismäßigen und im Zweifel schwierig kalkulierbaren Transaktionskosten wiederum seien der Informationsasymmetrie zwischen Verwender und dem anderen Teil geschuldet, die dadurch entsteht, dass der Verwender in Folge der Stellung des Vertragswerkes bereits über einen weitaus größeren Umfang an Information über die Umstände, die den Vertragsschluss betreffen und bedingen verfügen soll, als der andere Teil.<sup>122</sup> Um diesen nicht funktionierenden „Konditionenwettbewerb im Wirtschaftsverkehr“<sup>123</sup>, dieses partielle Marktversagen zu korrigieren, komme das AGB-Recht mit dem Instrument der Inhaltskontrolle recht.

Ein solcher Ansatz zur Herleitung des Schutzzwecks des AGB-Rechts zeigt auf, dass in Rechtsprechung und Gesetzgebung bei Schaffung und Entwicklung des AGB-Rechts nicht anforderst eine Schutzbedürftigkeit aufgrund Unterlegenheit in den Vertragsverhandlungen des anderen Teils im Fokus des Regelungszwecks gestanden haben kann, spielt eine solche bei zweit dargestelltem Ansatz doch keine exponierte Rolle mehr. Vielmehr wird danach ein durch marktwirtschaftliches Versagen entstandenes Ungleichgewicht zu korrigieren und der Gefahr einseitiger Ausnutzung faktischer Vertragsgestaltungsfreiheit zu Lasten des anderen Teiles entgegen zu wirken gewesen sein und hierin der wesentliche Schutzzweck des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen liegen.<sup>124</sup>

Es zeigt sich, dass ein Bestehen oder Nichtbestehen eines wirtschaftlichen oder intellektuellen Machtgefälles zwischen den Vertragsparteien nicht Voraussetzung für die Anwendung des AGB-Rechts und die Inhaltskontrolle

---

<sup>122</sup> Vgl. Kötz, JUS 2003, 209, 212.

<sup>123</sup> So Palandt/Grüneberg, Überblick vor § 305 BGB, Rn. 8.

<sup>124</sup> Vgl. so auch die h.M. BGH, NJW 1995, 2934; BGH, NJW 1976, 2345, 2346; BGH, NJW 1974, 2825; MÜKO/Basedow, vor § 305 BGB, Rn. 5; Staudinger/Schlosser, § 310 BGB, Rn. 2; Palandt/Grüneberg, vor § 305 BGB, Rn. 8; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 88; Ulmer/Brander/Hensen/Ulmer, Einleitung, Rn. 48; Koch, BB 2010, 1810, 1812; Kötz, JuS 2003, 209, 212.

und daher unbeachtlich sein muss.<sup>125</sup> Der Schutzzweck des AGB-Rechts liegt gleichsam in einer Kompensation einseitiger Vertragsgestaltungsfreiheit als Folge ökonomischer Umstände, die vertragsrechtliche Grundsätze außer Kraft setzen.<sup>126</sup> Eine faktische einseitige Vertragsgestaltungsmacht des Verwenders, die zu einer Beschränkung der Privatautonomie des anderen Teils führt, soll durch die Vorschriften des AGB-Rechts ausgeglichen werden. Nur hierin kann die Rechtfertigung der rechtlichen Sonderbehandlung von AGB gegenüber Individualabreden liegen.<sup>127</sup> Die Gründe für eine solche Einseitigkeit der Vertragsgestaltungsfreiheit sind dabei wie aufgezeigt jedoch unbeachtlich. Dieser Schutzzweck muss vielmehr im Verbraucherverkehr als auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr gelten und bestehen. Ein solches, von Historie und Gesetzesbegründung gestütztes Ergebnis rechtfertigt und gebietet mithin eine AGB-Inhaltskontrolle im Verbraucher, als auch im Unternehmerverkehr, auch wenn man einen Schwerpunkt in ersterem sehen möchte.<sup>128</sup> Dem AGB-Recht des BGB liegt demnach nicht der Verbraucherschutz als Schutzzweck und Kerngedanke zugrunde, auch nicht durch die Umsetzung der Richtlinie 93/13 EWG.<sup>129</sup>

## II. Zwischenergebnis

Der Kern der aufgezeigten Kritik gründet damit bereits auf der elementarsten Ebene des AGB-Rechts – seinem Schutzzweck und der ratio legis der §§ 305 – 310 BGB, welche grundsätzlich eine Geltung der Vorschriften der §§ 305 – 310 BGB gerade unabhängig der beteiligten Verkehrskreise gebieten.

---

<sup>125</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, Einleitung, Rn. 51 ff.; § 305 BGB, Rn. 52; Graf v. Westphalen, ZIP 2010, 1110, 1111.

<sup>126</sup> Im Ergebnis auch Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, Einleitung, Rn. 15 ff..

<sup>127</sup> Vgl. auch BGH, NJW 2010, 1131, 1132; BT-Drs. 7/3919, S. 15; erneut BT-Drs. 14/6040, S. 150, 160; Rabe, NJW 1987, 1978, 1979.

<sup>128</sup> Zum Schutzzweck der AGB-Inhaltskontrolle vgl. auch ausführlich Schmidt, NJW 2011, 3330.

<sup>129</sup> Vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, der von „umfassender Konzeption des AGB-Rechts“ spricht, Einleitung, Rn. 49.

Eine Lösung der nicht von der Hand zuweisenden Problemfelder der unternehmerischen Vertragspraxis mit geltendem deutschen AGB-Recht kann daher nicht in einer (ganzen oder teilweisen) Beschränkung der AGB-Inhaltskontrolle auf den Verbraucherverkehr liegen. Der Schutzzweck des AGB-Rechts gebietet vielmehr zwingend einen entsprechenden Kontrollmechanismus auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Die Grundproblematik zeigt sich daher auch nicht in der generellen Anwendung der AGB-Inhaltskontrolle im Unternehmerverkehr, sondern in der aufgezeigten „Radikalität“ der diesem Grundsatz folgenden Ausprägungen in der Rechtsprechung. Die Kritik am geltenden Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Unternehmerverkehr ist dennoch nicht unberechtigt. Auch wenn der Schutzzweck der AGB-Inhaltskontrolle eine grundsätzliche Anwendung auch im Unternehmerverkehr gebietet, traf der Gesetzgeber aufgrund der unabhängig davon stets daneben im Raum stehenden geringeren Schutzbedürftigkeit der Akteure des unternehmerischen Geschäftsverkehrs Sonderregelungen, die aufgrund der sich etablierten Rechtsprechung jedoch in keiner Weise ausreichende Instrumente zur Verfügung stellen, um die Kontrollintensität des § 307 BGB im Einzelfall den Bedürfnissen der Vertragspraxis anpassen und die Privatautonomie der Parteien dennoch wahren zu können. Das Ineinklangbringen eines generell erforderlichen Schutzmechanismus ohne die gleichsam zu schützende Privatautonomie der Parteien unangemessen zu beschränken, scheint de lege lata tatsächlich nicht zu gelingen. Eine gänzliche Ausnahme des unternehmerischen Geschäftsverkehrs von den Regelungen der AGB-Inhaltskontrolle kann demnach im Hinblick auf den Schutzzweck des AGB-Rechts keinesfalls geboten sein.<sup>130</sup> Eine sensible legislative Reaktion auf die Bedürfnisse der unternehmerischen Vertragspraxis bei der Anwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Korrektur der dies de lege lata annähernd unmöglich machenden Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle und deren Reichweite unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Gewährleistung des Schutzzwecks des AGB-Rechts mag die einzig konsequente

---

<sup>130</sup> Vgl. auch Bastian/Böhm, BB 1974, 110, 112.

Reaktion auf die geübte Kritik sein. Wenn dies jedoch nicht zu erwarten ist<sup>131</sup>, ist die Findung den Interessen und Anforderungen der unternehmerischen Praxis im Einzelfall gerecht werdender Lösungen unumgänglich.

Letztlich ganz unabhängig seiner Rechtfertigung soll das Bestreben und Bedürfnis eines Unternehmers zur „Umgehung“ der Inhaltskontrolle für Nachfolgendes als berechtigt und begründet vorausgesetzt sein.

## **D. „Lösungsansätze“ zur „Umgehung“ der AGB-Inhaltskontrolle**

Vor dieser Kulisse findet sich zur „Lösung“ vorgenannter Grundproblematik im Schrifttum daher eine Vielzahl von Ansätzen, an denen jedoch sämtlich wiederum berechtigt Kritik geübt wird, dürften sie doch im Ergebnis alle wenig zufrieden stellend sein, insbesondere meist eine Änderung geltenden Rechts oder zumindest geltender Rechtsprechung voraussetzen. So fordern die jeweiligen Kritikansätzen zwar seltener eine Beschränkung der AGB-Inhaltskontrolle auf Verbraucherverträge, jedenfalls aber ad minus zumindest eine Einschränkung der Kontrollintensität im unternehmerischen Geschäftsverkehr; de lege lata im Wege einer Änderung der herrschenden Rechtsprechungspraxis, de lege ferenda ohnehin.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Es dürfte vielmehr vom Gegenteil auszugehen sein, vgl. zur jüngsten Entwicklung nur die Reform des Bauvertrags- und Kaufrechts, die u.a. die Einführung des neuen gesetzlichen Vertragstypus des Verbraucherbauvertrags vorsieht, vgl. aaO Rn 2.

<sup>132</sup> Wobei aber trotz aller Kritik auch in unternehmerischen Kreisen nicht uneingeschränkte Zustimmung zu derlei Lösungsansätzen einer Aufweichung der AGB-Inhaltskontrolle im Unternehmerverkehr besteht. So wird beispielsweise in der Bauwirtschaft in weiten Teilen trotz der vorgenannten Einschränkungen an einer uneingeschränkten AGB-Kontrolle festgehalten, da diese als Instrument des Unternehmerschutzes auch dem Schutz immer mehr zunehmender GU- und Subvergaben dient, vgl. Schulze-Hagen, NZBau 2016, 350.

## **I. Änderung der nach geltender Rechtsprechung an das Kriterium des individuellen Aushandelns zu setzenden Anforderungen**

So wird selbstverständlich beispielsweise eine Änderung der geltenden Rechtsprechung hinsichtlich der gestellten Anforderungen an ein individuelles Aushandeln gefordert. Davon ausgehende Lösungsansätze fordern ein Abstellen auf ein „Verhandeln“ als ausreichende Voraussetzung für eine Individualvereinbarung, das weit geringere Anforderungen als das geltende „Aushandeln“ und damit dem Unternehmerverkehr gerechtere stellen würde.<sup>133</sup>

Teilweise wird auch die Einführung eines Kriterienkatalogs zur Abgrenzung von AGB und Individualabrede und damit eine gänzliche Abkehr von auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffen wie „Aushandeln“ oder „Verhandeln“ gefordert.<sup>134</sup>

Weitere Ansätze gehen dahin, eine Abkehr der geltenden Rechtsprechung von der generellen Anwendung der Abgrenzung von AGB und Individualvereinbarung anhand des Kriteriums des individuellen Aushandelns und der unabhängig ob Verbraucher- oder Unternehmerverkehr stringent daran gestellten Anforderungen zu fordern<sup>135</sup> oder zumindest für die besonders problematischen „Paket-Lösungen“ die Anforderungen an ein individuelles Aushandeln zu senken sowie die Indizienwirkung der §§ 308, 309 BGB auf im Hinblick auf ein Machtgefälle zwischen den Parteien dem Verbraucherverkehr ähnliche Fälle zu beschränken<sup>136</sup>.

Auch näherten sich Stimmen der Lösung über eine Abgrenzung von AGB und Individualverkehr, die sich an Vertragsverhandlungsabläufen der Vertragspraxis zu orientieren habe und je nach Phase der Vertragsverhandlungen

---

<sup>133</sup> Vgl. Berger, NJW 2010, 465, 467 ff.; Drygala, JZ 2012, 983, 985 f.; auch Kieninger, in: FS Blaurock, 177, 187; Koch, BB 2010, 1810, 1811 f.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu den Vorschlag von Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2558, 2661.

<sup>135</sup> Vgl. bereits Berger, NJW 2001, 2152 ff. der eine Abkehr von den generellen, im Unternehmerverkehr unrealistischen Anforderungen an ein Aushandeln hin zu einem „Verhandeln“ forderte.

<sup>136</sup> So MÜKO/Basedow, § 310 BGB, Rn. 16, 18.

unterschiedliche Anforderungen an ein „individuelles Aushandeln“ zu stellen sein sollen.<sup>137</sup>

Schließlich sind Bestrebungen existent, die pauschal fordern, zumindest von dem Erfordernis eines Aushandlungsergebnisses im Regelfall und der folgenden Indizwirkung abzuweichen.<sup>138</sup>

## II. Einführung einer Wertgrenze

Ein weiterer Ansatz geht zur Einführung einer Wertgrenze, von der die Anwendung der AGB-Inhaltskontrolle abhängig gemacht werden soll. Danach soll eine Inhaltskontrolle ab einem bestimmten Kapitalvolumen des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts keine Anwendung mehr finden. Dieser Ansatz folgt der Annahme, dass ab einem bestimmten Kapitalvolumen des Rechtsgeschäfts eine schlichte Hinnahme einseitig gestellter Vertragswerke nicht mehr erfolge und im Verhältnis eine umfassende Überprüfung des Vertragswerkes lohnenswerter ist als im Alltagsgeschäft mit geringerem Kapitalvolumen.<sup>139</sup> Im Ergebnis führe dies zu einem privatautonomen Interessenausgleich, der tatsächlich keine Rechtfertigung einer AGB-Inhaltskontrolle mehr bieten würde. Die Vorschläge in der Literatur bewegen sich hierzu meist im Bereich von € 500.000,00 bis € 1.000.000,00.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen den Vorschlag von Kessel/Jüttner, BB 2008, 1350 ff.

<sup>138</sup> Forderung der früheren „AGB-Recht-Initiative“, vgl. Graf. v. Westphalen, NJW 2012, 893.

<sup>139</sup> Vgl. auch MÜKO/Basedow, § 310 BGB, Rn. 15.

<sup>140</sup> Vgl. Becker, JZ 2010, 1098, 1105 – 500.000 Euro; Drygala, JZ 2012, 983, 988 – 100.000 Euro; Leuschner, JZ 2010, 875, 883 – 1 Mio. Euro; Leyens/Schäfer, AcP 210 (2010), 771, 793 ff. – mindestens 550.000 Euro; Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658, 2662 – 1 Mio. Euro.

### **III. Flexibilisierung des Prüfungsmaßstabes der „unangemessenen Benachteiligung“ des § 307 Abs. 1 BGB**

Andere Ansätze suchen einen Weg, den Bedürfnissen des Unternehmerverkehrs über eine flexiblere Anwendung des Prüfungsmaßstabes der unangemessenen Benachteiligung des § 307 Abs. 1 BGB besser Rechnung zu tragen. Dies könne bspw. über eine Begegnung der kritisierten Konturenlosigkeit des § 310 Abs. 1 Satz 1 2. HS BGB durch eine differenziertere Anwendung der Angemessenheitskontrolle unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Bedürfnisse in verschiedenen Branchen-, Gruppen-, oder Geschäftstypen des Unternehmerverkehrs erfolgen.<sup>141</sup>

Alternativ wird auch eine Umformulierung der geltenden Fassung des § 310 Abs. 1 Satz 1 2. HS BGB dahin gehend gefordert, dass auf „die Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs angemessen Rücksicht zu nehmen ist“, um dem Problem der Konturenlosigkeit des Begriffs der „Gewohnheiten und Gebräuche“ sowie der Problematik der Maßgeblichkeitsüberzeugung im Kontext zum AGB-Recht zu entgehen.<sup>142</sup>

### **IV. Doppeltes Differenzierungsgebot**

Vorgenannter Ansatz wird zudem dahin gehend weiter geführt in § 310 Abs. 1 BGB ein doppeltes Differenzierungsgebot zu erblicken, dass eine stärkere Berücksichtigung des unterschiedlichen Schutzniveaus einerseits zwischen B2B- zu B2C-Verkehr über eine strikte Anwendung der Vorgaben des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB, aber auch innerhalb des B2B-Verkehrs mittels einer Berücksichtigung dortiger Besonderheiten über § 310 Abs. 1 S. 2 HS. 2 BGB ermöglichte und damit eine den Interessen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs gar unter Berücksichtigung unterschiedlicher Interessenlagen innerhalb dieser Gruppe

---

<sup>141</sup> Vgl. Koch, BB 2010, 1810, 1815.

<sup>142</sup> Vgl. Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2010, 2658; Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309, 314; Günes/Ackermann, ZGS 2010, 400, 405; zu Recht kritisch Graf v. Westphalen, BB 2010, 195, 196.



stärker Rechnung tragende differenzierende Inhaltskontrolle erreicht werden könne.<sup>143</sup>

## **V. Abkehr von der Indizienwirkung der Klauselkataloge der §§ 308, 309 BGB**

Schließlich gehen Ansätze dahin, eine generelle Abkehr der mittelbaren Anwendung der Indizienkataloge der §§ 308, 309 BGB im Unternehmerverkehr zu fordern. Die diesen beigemessene Indizwirkung für eine unangemessene Klausel und die folgende Beweislastumkehr zu Lasten des Verwenders soll über die Regelung des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB durch eine Einzelfallprüfung am Maßstab des § 307 Abs. 1 und 2 BGB ersetzt werden. In diesem Zusammenhang sei der Regelung des § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB zu seiner vom Gesetzgeber ursprünglich beigemessenen Bedeutung verholten darüber, dass gegenteilig der geltenden Rechtsprechung für im Unternehmerverkehr verwandte Klauseln ein Prima-facie-Beweis der AGB-rechtlichen Angemessenheit anzunehmen sein soll.<sup>144</sup>

## **VI. Kritik an bestehenden Lösungsansätzen**

Derlei Ansätzen immanent ist damit jedoch stets entweder eine Begründung de lege ferenda oder de lege lata unter Änderung der geltenden Rechtsprechung zu § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 307 BGB oder § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Da ein solcher Kurswechsel in der Rechtsprechung jedoch nicht abzusehen ist, sich trotz der mittlerweile langjährigen Kritikstimmung eher das Gegenteil einzustellen scheint<sup>145</sup>, und eine stärkere Differenzierung bei Anwendung der

---

<sup>143</sup> Vgl. Berger/Kleine, BB 2007, 2137, 2138; ähnlich für eine stärkere Differenzierung in einem zwei-stufigen Modell in dessen Kern die Frage einer einseitig in Anspruch genommen Vertragsgestaltungsfreiheit steht Kessel/Stomps, BB 2009, 2666, 2675.

<sup>144</sup> Zu diesem Lösungsvorschlag umfassend Lenkatis/Löwisch, ZIP 2009, 441, 445 ff.

<sup>145</sup> Beispielhaft zeigt die GU-Entscheidung des BGH v. 20.03.2014 – VII ZR 248/13 = NJW 2014, 1725, dass der noch mit seiner Gebrauchtwagenentscheidung v. 17.02.2010 – VIII ZR

AGB-Inhaltskontrolle durch die Rechtsprechung stets in Konkurrenz zu Einheitlichkeit und Rechtssicherheit steht<sup>146</sup>, ist damit jedoch kaum zu rechnen. Auch ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist wie bereits ausgeführt gleichsam nicht absehbar. Allsolche, schlicht eine Änderung der Rechtslage oder der Rechtsprechung fordernde Lösungsansätze, scheinen daher wenig zielführend, zumindest in Ansehung der Erreichung einer kurzfristigen „Lösung“.

Wenn zum Teil gerade in jüngerer Zeit vertreten wird, die Parteien sollten in ihrer Vertragspraxis dann doch verstärkt zum Individualvertrag zurückkehren und dies durch ein sorgfältig dokumentiertes individuelles Aushandeln erreichen<sup>147</sup>, verkennt dies schließlich sicherlich die nach wie vor gängige Vertragspraxis und vermag daher gleichsam kaum ein gangbarer Lösungsweg sein.

Es besteht also berechtigt eine Vielzahl von theoretischen wie praktischen Ansätzen zur Lösung der aufgezeigten Problematik bzw. ihrer Abhilfe. Zugleich bestehen damit aber nicht unerhebliche Zweifel an den vertretenen Lösungswegen, ob in inhaltlicher Sicht oder im Hinblick auf deren Umsetzbarkeit.<sup>148</sup>

Wenig Beachtung hat bis dato indes der Weg einer Abwahl der §§ 305 – 310 BGB im Rahmen von Schiedsvereinbarungen gefunden. Im Folgenden sei sich daher mit dieser kaum beachteten Möglichkeit einer „Umgehung“ der AGB-Inhaltskontrolle im Wege der Rechtswahl in Schiedsvereinbarungen auseinander gesetzt.

---

67/09 = NJW 2010, 1131 eingeschlagene Weg der Stärkung der Privatautonomie aufgrund der Versagung der Wirksamkeit einer zur Sicherstellung eines individuellen Aushandelns individuell geschlossenen Bestätigungsklausel nicht weiter verfolgt wird.

<sup>146</sup> Vgl. Graf v. Westphalen, ZIP 2007, 149, 157, 158; derselbe, NJW 2009, 2977, 2980.

<sup>147</sup> Vgl. Kaufhold, NJW 2014, 3488, 3491 f.

<sup>148</sup> Vgl. auch Kollmann, NJOZ 2011, 625, 629 nach dem eine Lösung nach deutschem Recht nicht denkbar sei.

## VII. Zwingende Geltung der §§ 305 - 310 BGB

Einem solchen Ansatz müsste jedoch bereits primär entgegen gehalten werden, dass die §§ 305 - 310 BGB doch materiell-rechtlich zwingendes Recht darstellen.<sup>149</sup> Aufgrund des aufgezeigten Sinn und Zwecks der AGB-Inhaltskontrolle, „zum Ausgleich ungleicher Verhandlungspositionen und damit zur Sicherung der Vertragsfreiheit Schutz und Abwehr gegen die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch den Verwender zu gewährleisten“, können sich Vertragsparteien grundsätzlich nicht der Geltung der §§ 305 – 310 BGB entziehen, auch nicht im reinen Unternehmerverkehr.<sup>150</sup>

Diese zwingende Geltung nationalen Rechts wirkt dergestalt uneingeschränkt allerdings nur materiell-rechtlich. Auf der Ebene des Kollisionsrechts steht es den Parteien, zumindest im Bereich der hier relevanten vertragsrechtlichen Rechtsbeziehungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, grundsätzlich frei, das auf einen Vertrag anwendbare Recht selbst zu bestimmen. Möglich ist dies im Wege individualvertraglicher Rechtswahl, die im Ergebnis unter Umständen gar zu einer gänzlichen Abwahl des ohne die Rechtswahl geltenden Rechts führen kann.<sup>151</sup>

Insbesondere im Bereich der Exportwirtschaft finden sich u.a. auch vor diesem Hintergrund zunehmend entsprechende Vertragskonstellationen, in denen deutsche Unternehmen einen Vertrag nicht deutschem, sondern dem Recht einer ausländischen Rechtsordnung, häufig dem englischen oder dem Schweizer Obligationenrecht, unterwerfen.<sup>152</sup> Da diese Rechtsordnungen beispielsweise in weit größerem Umfang vorformulierte Haftungsbeschränkungen zulassen als es nach deutschem Recht der Fall ist<sup>153</sup>, kann eine entsprechende Rechtswahl aus unternehmerischer Sicht dahin gehend von großem Interesse sein. So kennt

---

<sup>149</sup> Vgl. bspw. BGH, NZBau 2014, 348, 350.; BGH, NZBau 2014, 47, 49; MÜKO/Basedow, vor §§ 305 ff. BGB, Rn. 7.

<sup>150</sup> BGH, NZBau 2014, 348, 350.

<sup>151</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169.

<sup>152</sup> Vgl. zum Schweizer Obligationenrecht ausführlich Kapitel D.X., S. 134 ff.; ebenso Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234 ff.; Lischek/Mahnken, ZIP 2007, 158, 163; Berger, ZIP 2006, 2149; Brachert/Dietzel, ZGS 2005, 441.

<sup>153</sup> Vgl. u.a. Pfeiffer, aaO.; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234 ff. .

beispielsweise das Schweizer Obligationenrecht, anders als das deutsche BGB, keine generelle Inhaltskontrolle von AGB. Dem Risiko gestörten Vertragsgleichgewichts begegnet das Schweizer Obligationenrecht mit dem Rechtsinstitut der sog. „Ungewöhnlichkeitsregel“. Damit erfolgt eine § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und § 305 c Abs. 1 BGB vergleichbare Regelung, die zwar keinen hohen generelle Wirksamkeitsmaßstab wie § 307 Abs. 1 BGB vorsieht, aber im Einzelfall über eine „schlichte“ Nichteinbeziehung ungewöhnlicher Klauseln dennoch einen Kontrollmechanismus anbietet.<sup>154</sup> Anders als im deutschen AGB-Recht ist es den Parteien dabei aber ermöglicht, den Kontrollmaßstab der „Ungewöhnlichkeitsregel“ über eine (auch formularmäßig mögliche) Erklärung des Klauselverwenders zu vermeiden.<sup>155</sup> Weiterhin ist zwar auch nach Art. 100 Abs. 1 OR ein genereller vertraglicher Haftungsschluss in AGB für jeden Fall von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit unwirksam. Allerdings ist ein genereller Haftungsausschluss nach Art. 100 Abs. 2 OR für Hilfspersonen möglich, sodass sich der Anwendungsbereich der Regelung im Unternehmerverkehr erheblich und im Wesentlichen auf die Fälle der Organhaftung beschränkt. Dass ein solcher Haftungsausschluss schließlich an der Ungewöhnlichkeitskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr scheitern würde, ist kaum anzunehmen, da derlei Klauseln dort regelmäßig gerade üblich sein dürften.<sup>156</sup>

Es stellt sich dem folgend die Frage, ob zwei deutsche unternehmerisch tätige Vertragspartner auf kollisionsrechtlichem Wege durch Vereinbarung einer Rechtswahlklausel nicht auch eine Umgehung der materiell-rechtlich zwingenden §§ 305 - 310 BGB erreichen können und unter welchen Voraussetzungen.

---

<sup>154</sup> Vgl. auch Müller/Schilling, BB 2012, 2319, 2321.

<sup>155</sup> Vgl. BGE 109 II 452, 457; 119 II 443.

<sup>156</sup> Vgl. dazu auch Müller/Griebeler/Pfeil, BB 2009, 2658, 2663 m.w.N.

## VIII. Die Rechtswahl

### 1. Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht – Rom I-VO

Bereits folgend aus und beruhend auf dem Grundsatz der im Schuldrecht grundsätzlich uneingeschränkt geltenden Privatautonomie<sup>157</sup>, sind die Parteien eines Vertrages berechtigt, das auf den Vertrag anzuwendende Recht zu bestimmen.<sup>158</sup> Seine rechtliche Normierung wiederum findet dieser Grundsatz regelmäßig in einer jeweiligen kollisionsrechtlichen Regelung der lex fori (des Rechts des Forumstaates).<sup>159</sup> Auf das Kollisionsrecht einer gewählten Rechtsordnung kommt es hingegen nicht an.<sup>160</sup>

Den de lege lata maßgeblichen Rahmen für eine Rechtswahl nach deutschem Recht statuiert die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I-VO)<sup>161</sup>.

#### a. Räumlicher Geltungsbereich

Bei der Rom I-VO handelt es sich um Sekundärrecht, das in Form einer Verordnung der Union gem. Art. 52 EUV i.V.m. Art. 288 Abs. 2, 349, 355 AEUV grundsätzlich im gesamten Geltungsbereich des Unionsrechts

---

<sup>157</sup> Zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutz der Privatautonomie und deren Grenzen vgl. bspw. BVerfG, NZA 1990, 389 ff.

<sup>158</sup> Bereits BGH, NJW 1979, 1733; BGH, NJW 1976, 1581; BGH, NJW 1971, 320; BGH, NJW 1970, 999; BGH, NJW 1969, 1760; BGH, NJW 1956, 377; BGH, NJW 1955, 827; BGH, NJW 1953, 1140; Gamillscheg, AcP 157 (1958/59), 303 ff.; Junker, IPrax 1993, 1, 2 ff.; Simitis, JuS 1966, 209, 210.

<sup>159</sup> Stoll, in: FS Heini, 1995, S. 429, 437 m.w.N.

<sup>160</sup> Vgl. MÜKO/Martiny, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 8; a.A. bereits BGH, NJW 1964, 262; KG, MDR 1998, 760.

<sup>161</sup> Bis zu deren Aufhebung durch Inkrafttreten der Rom I-VO im Zuge gemeinschaftsrechtlicher Kodifikation des Internationalen Privatrechts nach deutschem Recht vormals die §§ 27 ff. EGBGB in Umsetzung der entsprechenden Regelungen des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden Recht vom 19.06.1980 (EVÜ).

unmittelbare Geltung beansprucht.<sup>162</sup> Da aber nicht alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union auch Mitgliedsstaaten der Rom I-VO sind, ist der räumliche Geltungsbereich nicht identisch. Vielmehr sieht Art. 1 Abs. 4 Rom I-VO eine Einschränkung des räumlichen Geltungsbereichs auf jene Mitgliedsstaaten vor, „auf die diese Verordnung anwendbar ist“. Die Unterscheidung ist jedoch tatsächlich gering und im Vorliegenden weitgehend unbedeutend, da aus dem Kreis der Mitgliedsstaaten der Union lediglich das Königreich Dänemark der Rom I-VO nicht beitrug und bis heute auch nicht beigetreten ist.

Damit gelten die Vorschriften der Rom I-VO in allen Mitgliedsstaaten der Union, mit Ausnahme Dänemarks und jedenfalls für den räumlichen Bereich der Bundesrepublik Deutschland.<sup>163</sup>

## **b. sachlicher Geltungsbereich**

Nach der weiterhin den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung bestimmenden Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO gilt „diese Verordnung für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“. Art. 1 Abs. 2 Rom I-VO normiert zugleich gewisse Bereichsausnahmen. So sollen vorliegend dem Wortlaut nach von besonderer Bedeutung bspw. Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen vom Anwendungsbereich ausgenommen sein, vgl. Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO.

In zeitlicher Hinsicht finden die Vorschriften der Rom I-VO auf alle Verträge Anwendung, die nach dem 17.12.2009 abgeschlossen wurden, vgl. Art. 28 Rom I-VO.

---

<sup>162</sup> Vgl. auch Thode, NZBau 2011, 449, 450.

<sup>163</sup> Kieninger, in: Ferrari/ Kieninger/Mankowski, Int. Vertragsrecht – VO (EG) 593/2008, Rn. 35, mit Ausnahme der Art. 3 Abs. 4, Art. 7, die von der Einschränkung des räumlichen Geltungsbereichs aufgrund anderer Zielsetzung ausgenommen sind, Art. 1 Abs. 4 S. 2 Rom I-VO.

## **aa. Vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen**

Unter den Anwendungsbereich der Rom I-VO fallen demnach regelmäßig alle vertraglichen Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen.

Damit erstrecken sich die Regelungen der Rom I-VO grundsätzlich auf alle freiwillig begründeten Schuldverhältnisse vertraglicher Art.<sup>164</sup> Das Kriterium der Freiwilligkeit ist hierbei maßgeblich.<sup>165</sup> Der Begriff der Zivil- und Handelssache soll autonom<sup>166</sup> zu qualifizieren sein und wird dabei dem der Art. 1 EuGVVO und Art. 1 Rom II-VO entsprechen.<sup>167</sup> Ausschlaggebend ist danach der materiell-rechtliche Inhalt der in Rede stehenden Vereinbarung. Der sachliche Anwendungsbereich umfasst somit jedenfalls sämtliche privatrechtlichen vertraglichen Vereinbarungen zwischen Privaten, mithin die vorliegend in Rede stehenden.

## **bb. Verbindung zum Recht mehrerer Staaten**

Sind diese Merkmale dem Eingehenden folgend im vorliegenden Kontext wohl regelmäßig unproblematisch zu bejahen, setzt der sachliche Anwendungsbereich der Rom I-VO wie eingeleitet im Weiteren die „Verbindung des Schuldverhältnisses zum Recht mehrerer Staaten“ voraus. In reinen Inlandsfällen ist die Verordnung dadurch nicht anwendbar.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> Vgl. EuGH, RIW 1983, 871; EuGH, NJW 1989, 1424; EuGH, RIW 1999, 57; EuGH, NJW 2002, 3159; EuGH, NJW 2005, 811.

<sup>165</sup> EuGHE 1992, I-3967, Rn. 15 – Handte; EuGHE 1998, I-6511, Rn. 17 – Réunion européenne; EuGHE 2002, I-7357, Rn. 23 – Tacconi; EuGHE 2004, I-1543, Rn. 24 – Frahuil; EuGHE 2005, I-481 Rn. 50 – Engler/Janus Versand.

<sup>166</sup> EuGHE 1976, 1514, Rn. 3 – LTU/Eurocontrol.

<sup>167</sup> BeckOK BGB/Spickhoff, VO (EG) 593/2008, Art. 1, Rn. 22.

<sup>168</sup> Staudinger/Magnus, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10.

Ob ein in Rede stehendes Schuldverhältnis die demnach zwingend erforderliche Verbindung zum Recht mehrerer Staaten aufweist, bestimmt sich nach den Anknüpfungsmerkmalen der Rom I-VO.<sup>169</sup> Allerdings ist dabei bereits festzuhalten, dass das hier statuierte Erfordernis eines Auslandsbezuges nicht dem des im Folgenden noch im Fokus stehenden Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO gleich kommt. Vielmehr ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, der an das Fehlen eines Auslandsbezugs besondere Rechtsfolgen für die Zulässigkeit einer Rechtswahl knüpft, dessen Anwendung aber freilich zugleich das Vorliegen eines Auslandsbezugs im Sinne des Art. 1 Rom I-VO erfordert, dass für den Auslandsbezug im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO und damit für die Eröffnung des Anwendungsbereichs bereits und allein ausreichend sein muss, dass aufgrund des Sachverhalts fraglich ist, welches Rechts darauf zur Anwendung kommt.<sup>170</sup> Nach herrschender Meinung muss dafür das Treffen einer Rechtswahl bei gänzlichem Inlandssachverhalt im Übrigen bereits ausreichend sein.<sup>171</sup> Teilweise wird gar vertreten, dass bereits die Wahl ausländischer Sprache im Vertragswerk für einen notwendigen Auslandsbezug im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO ausreichend sein kann.<sup>172</sup>

Da damit nach auch hier vertretener einzig konsequenter herrschender Auffassung allein die Rechtswahl als solche selbst schon den nach Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO erforderlichen Auslandsbezug bereits zu begründen vermag, ohne Rechtswahl aber ohnehin nur nationales inländisches Recht zur Anwendung kommt, wird dem Erfordernis des Auslandsbezuges in Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO im Ergebnis kaum eigenständige Bedeutung zukommen<sup>173</sup> und es in Konstellationen vorliegender Art stets zu bejahen sein dürfen.

---

<sup>169</sup> Vgl. BeckOK BGB/Spickhoff, VO (EG) 593/2008 Art. 1, Rn. 24.

<sup>170</sup> Staudinger/Magnus, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10, 11; vgl. u.a. auch E. Lorenz, FS Kegel, 1987. 303, 311.

<sup>171</sup> Vgl. zur ganz h.M. MÜKO/Martiny, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 19; BeckOK/Spickhoff, VO (EG) 593/2008 Art. 1, Rn. 22.

<sup>172</sup> Magnus, FS Kühne, 2009, 779, 790; Staudinger/Magnus, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 12.

<sup>173</sup> Vgl. auch BeckOK BGB/Spickhoff, VO (EG) 593/2008 Art. 1, Rn. 24.



### **c. Art. 2 Rom I-VO – „loi uniforme“**

Art. 2 Rom I-VO bestimmt schließlich, dass das nach den Regeln der Verordnung anzuwendende Recht selbst dann anzuwenden ist, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedsstaates ist. Die Vorschriften der Rom I-VO sind demnach von den Gerichten eines Mitgliedsstaates für sämtliche Sachverhalte mit Auslandsberührung anzuwenden und zwar auch unabhängig davon, ob die Vertragspartner Angehörige eines Mitgliedsstaates der EU sind.<sup>174</sup> Dies statuiert eine Anwendbarkeit der Anknüpfungskriterien der Rom I-VO, auch wenn dies zur Anwendbarkeit des Sachrechts eines Drittstaates führte. Art. 2 Rom I-VO regelt demnach die Frage der Anwendbarkeit des Sachrechts eines Drittstaates, nicht des Anwendungsbereiches der Rom I-VO in Drittstaaten.<sup>175</sup> Die Rom I-VO ist damit „loi uniforme“ – allseits anwendbar.

Zusammen fassend setzt die Rom I-VO damit jedenfalls das in vorliegender Fallkonstellation maßgebliche Kollisionsrecht.

## **2. Begriff und Rechtsnatur**

Nach dem danach sodann anwendbaren Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO unterliegt ein Vertrag „dem von den Parteien gewählten Recht“. „Recht“ in diesem Sinne meint nach herrschender Meinung ausschließlich staatliches Recht.<sup>176</sup> Zu begründen ist dies zum einen damit, dass im Fokus der Gesamtkonzeption des internationalen Privatrechts der Rom I-VO stets die Anwendung staatlichen Rechts steht. So spricht beispielhaft Art. 2 Rom I-VO von dem „Recht eines Nichtmitgliedstaates“. Gleichfalls legt der Wortlaut der

---

<sup>174</sup> LAG Köln, NZA-RR 2014, 214; ErfK/Schlachter, Rom I-VO, Rn. 4.; BeckOK ArbR/Schönbohm, VO (EG) 593/2008, Art. 3, Rn. 10.

<sup>175</sup> Vgl. Kieninger, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski, Int. Vertragsrecht – VO (EG) 593/2008, Rn. 35; MÜKO/Martiny, Art. 2 Rom I-VO, Rn. 1.

<sup>176</sup> Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 40; Michaels, RabelsZ 73 (2009), 866, 880; BeckOK BGB/Spickhoff, VO (EG) 593/2008, Art. 3, Rn. 7; nach Diedrich, RIW 2009, 378, 384 soll eine materiell-rechtliche Rechtswahl nicht-staatlichen Rechts zulässig sein, aber keine kollisionsrechtliche; Wichard, RabelsZ 60 (1996), 269, 282; a.A. Kappus, IPrax 1993, 137, 139 f.; Leible, in: FS Jayme, Band I 2004, 485, 491.

Art. 5 bis 8 Rom I-VO dies nahe, in denen konsequent Bezug genommen wird auf „das Recht des Staates“.<sup>177</sup> Zum anderen erschließt sich nur dies zugrunde gelegt der Sinn der Vorschrift des Art. 21 Rom I-VO. Danach kann die Anwendung einer Vorschrift des nach der Verordnung bezeichneten Rechts nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung ("Ordre Public") ebenfalls „des Staates“ des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist. Ganz ausdrücklich wird hierin also nur die Anwendung des Rechts eines anderen „Staates“ ausgeschlossen.

Hinsichtlich ihrer Rechtsnatur handelt es sich bei der Rechtswahl um einen Verweisungsvertrag. Dieser steht in seiner Wirksamkeit unabhängig des Hauptvertrages, auch wenn die Rechtswahl nur als Klausel des Hauptvertrages getroffen wurde.<sup>178</sup> Die Rechtswahl kann ausdrücklich individualvertraglich als auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen, Art. 3 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 Rom I-VO.<sup>179</sup> Eine Rechtswahl ist konkludent bzw. stillschweigend möglich, vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 Rom I-VO, solange sie „eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder den Umständen des Falles hergeleitet werden kann“.<sup>180</sup> Dies kann auch anhand von Indizien feststellbar sein. So kann bspw. der Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes oder einer Schiedsklausel eine wesentliche Indizwirkung für die Wahl des am Sitz des anzurufenden Gerichts bzw. vereinbarten Schiedsgerichts anzuwendenden materiellen Rechts zukommen.<sup>181</sup> Ein wesentliches Indiz für die Wahl deutschen Rechts kann beispielsweise in Bauverträgen bei Vereinbarung der VOB/B angenommen werden.<sup>182</sup>

Die Frage der Wirksamkeit einer Rechtswahlabrede beurteilt sich gem. Art. 3 Abs. 5, Art. 10, 11, 13 Rom I-VO schließlich unter Zugrundelegung des

---

<sup>177</sup> Vgl. MÜKO/Martiny, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 28.

<sup>178</sup> Graf v. Westphalen/Thüsing, in: dieselben, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Kapitel 25, Rn. 4.

<sup>179</sup> Vgl. bereits zu Art. 27 EGBGB auch Meyer-Sparrenberg, RIW 1989, 347, 348; Palandt/Thorn, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 6; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 236.

<sup>180</sup> BeckOK BGB/Spickhoff, VO (EG) 593/2008, Art. 3, Rn. 7, mVa. BAG, NJW 1996, 741.

<sup>181</sup> OLG Hamm, NJW-RR 1993, 1445, 1446.

<sup>182</sup> BGH, NJW-RR 1999, 813; BGH, NZBau 2003, 493.

Rechtes, das bei ihrer Wirksamkeit anwendbar wäre.<sup>183</sup> Wird die Rechtswahl in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen getroffen ist schließlich die wirksame Einbeziehung in den Hauptvertrag voraus gesetzt.

### **3. kollisionsrechtliche und materiell-rechtliche Verweisung**

Inhalt der vertraglichen Rechtswahlabrede ist demnach denknöwendig die Bestimmung der Anwendung eines bestimmten Rechts, also einer bestimmten Rechtsordnung oder Teilen davon.<sup>184</sup> Dabei stellt die kollisionsrechtliche Verweisung nach herrschender Meinung die Regel dar.<sup>185</sup>

Neben einer kollisionsrechtlichen Verweisung, deren Inhalt die Wahl ausländischen Rechts „als Ganzes“, also auch dessen zwingender Normen ist, ist aber auch eine materiell-rechtliche Verweisung denkbar. Anders als bei einer kollisionsrechtlichen Verweisung vereinbaren die Parteien dabei nicht die Geltung ausländischen Rechts, vielmehr beschränkt sich die Rechtswahl darauf, innerhalb der nach nationalem Recht geltenden Grenzen der Vertragsfreiheit, eine fremde Rechtsordnung für anwendbar zu erklären und damit zum Vertragsinhalt zu machen.<sup>186</sup>

Wesentlich findet sich der Unterschied zwischen kollisionsrechtlicher und materiell-rechtlicher Rechtswahl demnach darin, dass bei einer materiell-rechtlichen Rechtswahl die zwingenden Normen des objektiv anzuwendenden Rechts die Schranken der Rechtswahl bilden, also unabhängig davon gelten<sup>187</sup> (bspw. weichen die Parteien nicht von dem ohne Rechtswahl anwendbaren

---

<sup>183</sup> Vgl. dazu auch Giuliano/Lagarde, BT-Drucks. 10/503, S. 33, 62; Mincke, IPrax 1985, 313, 314; BGH, NJW 1994, 262; BGH, NJW 1989, 1431, 1432; OLG Celle, ZIP 2001, 1724, 1725; Fischer, JZ 1994, 367, 369; W. Lorenz, IPrax 1994, 429, 430.

<sup>184</sup> Vgl. BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 3 VO (EG) 593/2008, Rn. 12.

<sup>185</sup> Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 38; MÜKO/Martiny, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 15.; Kegel/Schurig, IPR, § 18 I 1 c), S. 654; a.A. BeckOK BGB/Spickhoff, VO (EG) 593/2008, Art. 3, Rn. 9, wonach die durch Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO gewährte Rechtswahlbefugnis auf die Wahl materiellen Rechts beschränkt sein soll.

<sup>186</sup> Vgl. MÜKO/Martiny, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 15.

<sup>187</sup> Schon Simitis, JuS 1966, 209, 210 f.; Lando/Nielsen, CML Rev. 45 (2008), 1687, 1694 ff. Mankowski, RIW 2003, 2, 12; Kegel/Schurig, IPR § 18 I 1 c), S. 654 f.; Kropholler, IPR § 40 I, S. 293.

Recht ab, ergänzen dieses aber durch einzelne Vorschriften des materiellen Rechts einer gewählten „anderen“ Rechtsordnung). Die Frage, ob eine materiell-rechtliche Verweisung überhaupt zulässig ist, richtet sich daher auch nach dem *ius cogens*, dem zwingenden Recht des im Übrigen anzuwendenden Vertragsstatuts.<sup>188</sup>

Zusammen fassend ermöglicht die Rechtswahlbefugnis des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO den Parteien also grundsätzlich die freie Wahl des auf das Vertragsverhältnis anzuwendenden Sachrechts.<sup>189</sup> Dabei können die Parteien jede Rechtsordnung wählen, auch wenn diese keinerlei Bezug zum Vertrag hat.<sup>190</sup> Zulässig kann auch die Bestimmung der Nicht-Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung auf den Vertrag sein (negative Rechtswahl).<sup>191</sup> Da eine materiell-rechtliche Rechtswahl demnach aber ihre Grenzen im zwingenden nationalen Recht findet, vorliegend jedoch eine Abwahl solchen Rechts in Rede steht, kann es im Folgenden daher nur um Fälle einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl gehen. Dies bedarf indes keiner weiteren Erwähnung im Hinblick auf Fragen der letztendlichen Klauselgestaltung, sodass sich darauf beschränkt werden kann, dies voran stellend klarzustellen, soll die kollisionsrechtliche Verweisung doch ohnehin die Regel darstellen<sup>192</sup> und damit regelmäßig von einer solchen auszugehen sein, vereinbaren die Parteien nicht ausdrücklich Gegenteiliges.

#### **4. Erfordernis eines Auslandsbezugs**

---

<sup>188</sup> Vgl. BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 3 VO (EG) 593/2008, Rn. 12.

<sup>189</sup> OLG-Frankfurt, NJW-RR 1993, 182, 183; OLG Frankfurt, NJW-RR 1989, 1018, 1019; LG Hamburg, NJW-RR 1990, 495, 495.

<sup>190</sup> Martiny in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 2.21 ff.; JurisPK-BGB/Ringe, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 31; Rühl, in: FS Kropholler, S. 187, 192; Palandt/Thorn, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 4; Mankowski, RIW 2003, 2, 4; a. A., wonach ein anerkanntes Interesse an dem gewählten Recht erforderlich sein soll vgl. Kegel/Schurig, IPR, § 18 I 1 c), S. 653.

<sup>191</sup> MÜKO/Martiny, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 19.

<sup>192</sup> Vgl. Kegel/Schurig, IPR, § 18 I 1 c), S. 654; MÜKO/Martiny, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 14 ff.; BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 3 VO (EG) 593/2008, Rn. 12; Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 38; JurisPK-BGB/Ringe, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 9.

Grundsätzlich erfordert eine zulässige Rechtswahl dem Folgend also nicht, dass die Parteien der Vereinbarung oder der zugrunde liegende Sachverhalt mit dem gewählten Recht in einem besonderen Zusammenhang stehen oder irgendein anderer, über den die Eröffnung des Anwendungsbereich der Rom I-VO generell geforderten hinausgehender Auslandsbezug besteht.<sup>193</sup>

Etwas anderes gilt aber, wollen die Parteien mit ihrer Rechtswahl von zwingendem nationalem Recht (*ius cogens*) abweichen. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen „uneingeschränkten“ Rechtswahlabrede ist das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts.

So folgte dieses Erfordernis eines grenzüberschreitenden Sachverhalts als Voraussetzung IPR-rechtlicher Zulässigkeit einer uneingeschränkten Rechtswahl nach deutschem Recht bis zum Inkrafttreten der Verordnung EG 593/2008 (Rom I-VO) bereits aus Art. 27 Abs. 3 EGBGB (in Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 des Römischen Schuldrechtsübereinkommens (EVÜ)). Bis zu dessen Aufhebung zum 17.12.2009<sup>194</sup> im Zuge gemeinschaftsrechtlicher Kodifikation des Internationalen Privatrechts für deren räumlichen Geltungsbereich durch die Rom I-VO galt bereits danach: „(3) Ist der sonstige Sachverhalt im Zeitpunkt der Rechtswahl nur mit einem Staat verbunden, so kann die Wahl des Rechts eines anderen Staates – auch wenn sie durch die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts eines anderen Staates ergänzt ist – die Bestimmungen nicht berühren, von denen nach dem Recht jenes Staates durch Vertrag nicht abgewichen werden kann (zwingende Bestimmungen).“.<sup>195</sup>

De lege lata folgt selbiger Grundsatz aus Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO. Danach gilt entsprechend: „(3) Sind alle anderen Elemente des Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in einem anderen als demjenigen Staat belegen, dessen Recht gewählt wurde, so berührt die Rechtswahl der Parteien nicht die Anwendung derjenigen Bestimmungen des Rechts dieses Staates, von denen nicht durch

---

<sup>193</sup> Vgl. BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 3 VO (EG) 593/2008, Rn. 7.

<sup>194</sup> Durch Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 v. 25. Juni 2009, BGBl. 2009, I, 1574.

<sup>195</sup> Zur Unwirksamkeit einer formularmäßigen Rechtswahlklausel zu Gunsten spanischen Rechts ohne jeglichen Auslandsbezug vgl. bereits OLG Frankfurt, NJW-RR 1989, 1018 ff.

Vereinbarung abgewichen werden kann.“ So ergibt sich also gleichsam aus Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, dass bei Fehlen eines Auslandsbezugs eine Rechtswahl zwar möglich ist, die Parteien aber dann dennoch an alle materiell-rechtlich zwingenden Vorschriften des ohne Rechtswahl anwendbaren Rechts gebunden bleiben sollen.

In rein inländischen Sachverhalten sind der privatautonomen freien Rechtswahl der Parteien durch diese Regelungen des Internationalen Privatrechts also Grenzen gesetzt. Ohne das Vorliegen eines solchen Auslandsbezugs entfaltet die materiell-rechtlich zwingende Wirkung einer Norm diese damit doch auch auf der Ebene des Kollisionsrechts. Vertragsparteien können also nicht ohne weiteres die Geltung zwingenden Rechts einer Rechtsordnung ausschließen, mit der das betroffene Rechtsgeschäft ausschließlich verbunden ist (sog. Einbettungsstatut<sup>196</sup>).

Vielmehr gehen bei fehlendem Auslandsbezug all jene Bestimmungen des Rechts des Staates, mit dem der Vertrag ausschließlich verbunden und von denen keine vertragliche Abweichung zulässig ist, den Bestimmungen des gewählten Rechts vor.<sup>197</sup> Der Rechtswahl kommt hinsichtlich der zwingenden Bestimmungen des Einbettungsstatuts damit nicht mehr die Rechtswirkung einer kollisionsrechtlichen Verweisung zu; sie erschöpft sich dann vielmehr in einer materiell-rechtlichen.<sup>198</sup>

Unter „zwingendem Recht“ versteht Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO dabei alle nicht dispositiven Bestimmungen des jeweiligen materiellen Rechts – das *ius cogens*<sup>199</sup> – und damit all jene „der sachrechtlichen Privatautonomie entzogenen dispositiven Vorschriften“ des jeweiligen Staates.<sup>200</sup>

---

<sup>196</sup> Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 131, 145; derselbe bereits, Art. 3 EGBGB, Rn. 115; Erman/Hohloch, Rn. 25, 26; BeckOK-BGB/Spickhoff, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 33.

<sup>197</sup> Vgl. Looschelders, IPR, Art. 27 EGBGB, Rn. 24.

<sup>198</sup> JurisPK-BGB/Ringe, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 43; vgl. auch W. Lorenz, IPrax 1987, 269, 271; MÜKO/Martiny, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 87; Sandrock, RIW 1986, 841, 846; Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 131; Stoll, in: FS Kegel, 1987, 623, 630; Bar, IPR II, Rn. 417.

<sup>199</sup> BeckOK ArbR/Schönbohm, VO (EG) 593/2008, Art. 3, Rn. 36; BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 33.

<sup>200</sup> Ferrari, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski, Art. 3 VO (EG) 593/2008, Rn. 56 m.w.N.

Da Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO wie ausgeführt allseitige Geltung beansprucht, führt dies unabdingbar dazu, dass nicht nur ein deutsches Gericht die Vorschriften des jeweiligen Einbettungsstatuts dann umsetzen muss, wenn es sich dabei um ausländisches und nicht deutsches Recht handelt, sondern auch ein jedes ausländisches Gericht die zwingenden Vorschriften deutschen Rechts anzuwenden hat, wenn es sich dabei um das Einbettungsstatut handelt.<sup>201</sup>

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass Vertragsparteien mit einer Rechtswahl ohne das Vorliegen eines Auslandsbezugs nicht von zwingenden Vorschriften des Einbettungsstatuts abzuweichen berechtigt sind.

## **5. Anforderungen an das Erfordernis des Auslandsbezugs des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO**

Welche Anforderungen an das Vorliegen eines solchen Auslandsbezugs im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO im Einzelfall zu stellen sind, ist jedoch umstritten.

Zur Findung einer Antwort darauf stellt sich in diesem Zusammenhang an erster Stelle die Frage, ob die Auslegung der kollisionsrechtlichen Vorschriften der Rom I-VO den gleichen Grundsätzen folgt, wie die des nationalen deutschen Rechts. Da es sich bei den Vorschriften der Rom I-VO letztendlich um nichts anderes als internationales Vertragsrecht handelt, dürfte sich schon von vornherein eine Auslegung alleinig unter Zugrundelegung jeweiligen nationalen Rechts bzw. nationaler Rechtsgrundsätze verbieten.<sup>202</sup> Angezeigt wird vielmehr eine „autonome Auslegung“ der Vorschriften unter vornehmlicher Zugrundelegung der Zielsetzungen und Systematik der Verordnung selbst und gleichsamer Berücksichtigung allgemein gültiger Rechtsgrundsätze der Rechtssysteme der EU-Mitgliedsstaaten sein.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> Vgl. auch AnwaltKommentar-BGB/Leible, Art. 27 EGBGB, Rn. 75.

<sup>202</sup> Vgl. ebenso BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 8.

<sup>203</sup> BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 8.

In diesem Zusammenhang folgt die Auslegung der Vorschriften der Rom I-VO aber wiederum der auch deutschrechtlich geltenden Methodik – Wortlaut, Systematik<sup>204</sup>, Historie<sup>205</sup>, Teleologie<sup>206</sup> sowie unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Zusammenhänge und der freilich auch im Europarecht existenten Rechtsfortbildung.<sup>207</sup> Von entscheidender Bedeutung ist schließlich insgesamt, dass die Rom I-VO in inhaltlicher und systematischer Hinsicht auf dem Römischen Schuldvertragsübereinkommen vom 19. Juni 1980 (EVÜ)<sup>208</sup> beruht.<sup>209</sup> Zum EVÜ ergangene Rechtsprechung und Literatur sind daher auch zur Auslegung der Rom I-VO weitgehend dienlich und zulässig heranzuziehen.<sup>210</sup>

Dies voran gestellt ist zur Frage der an das Vorliegen eines Auslandsbezugs im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO zu stellenden Anforderungen zurück kehrend zunächst festzuhalten, dass an dieser Stelle allein die vertragliche Wahl eines ausländischen Gerichtsstandes oder eines ausländischen Schiedsortes die Annahme eines Auslandsbezugs freilich nicht rechtfertigen können wird; ebenso wenig die durch Rechtswahl erklärte Anwendbarkeit ausländischen Rechts auf das Vertragsverhältnis<sup>211</sup> - selbstredend anders als noch im Rahmen der Frage der Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Rom I-VO als solcher.<sup>212</sup>

Ein erforderlicher Auslandsbezug wird aber jedenfalls bei Begründung einer Rechtsbeziehung unter Überschreitung nationalstaatlicher Grenzen gegeben sein<sup>213</sup>, keinesfalls wenn der Sachverhalt nur mit einem einzigen Staat verbunden

---

<sup>204</sup> Insofern geboten, insbesondere bei begrifflicher Parallelität, auch unter Berücksichtigung der Rom II-VO und der EuGVVO, vgl. BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 11.

<sup>205</sup> Auch unter Berücksichtigung des EVÜ und des entsprechenden Giuliano/Lagarde-Berichts, BT-Drs. 10/503, S. 33.

<sup>206</sup> Zum in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden *effet utile* u.a. EuGH Rs 20/59, Slg. 1960, 708.

<sup>207</sup> BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 15.

<sup>208</sup> Für das Gebiet der BRD in Kraft getreten am 01. April 1991, BGBl. 1986 II S. 809.

<sup>209</sup> Vgl. Brödermann, NJW 2010, 807; Leible/Lehmann, RIW 2008, 528; Magnus, IPRax 2010, 27; Pfeiffer, EuZW 2008, 622 ff..

<sup>210</sup> Vgl. auch Thode, NZBau 2011, 449, 450.

<sup>211</sup> Vgl. Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 235.

<sup>212</sup> Vgl. aaO. S. 55 f.

<sup>213</sup> Vgl. Palandt/Thorn, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 5; Erman/Hohloch, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 26; Looschelders, IPR, Art. 27 EGBGB, Rn. 25; MÜKO/Martiny, Rn. 91 f.; Soergel/von



ist.<sup>214</sup> Eine Rechtsbeziehung begründet sich wiederum unter Überschreitung nationalstaatlicher Grenzen in jedem Fall, wenn Aufenthaltsort<sup>215</sup>, Ort der Niederlassung<sup>216</sup> oder der Hauptverwaltung<sup>217</sup> beider Vertragsparteien in jeweils unterschiedlichen Staaten belegen sind; nach h.M. ausreichend auch, wenn der vertragliche Erfüllungsort im Ausland liegt, selbst wenn die Vertragsparteien im Übrigen gleichsam keine Verbindung zu einem anderen als dem Staat des Einbettungsstatuts aufweisen.<sup>218</sup>

In Fällen eines solchen Auslandsbezugs können Vertragsparteien im Rahmen des von Art. 1 Rom I-VO bestimmten Anwendungsbereichs durch vertragliche Rechtswahlklausel durchaus die Geltung eines anderen Rechts als des deutschen und auch ohne dessen zwingende Vorschriften vereinbaren. In einem evtl. Streitfall sind sodann angerufene Gerichte berufen, den streitigen Fall allein nach dem gewählten Recht zu beurteilen, auch bei Divergenz zwischen dem vereinbarten und dem ohne Rechtswahl anzuwendenden Recht hinsichtlich der materiellen Rechtsfolge. Dies kann bspw. so weit führen, dass bei Wahl Schweizer Rechts durch zwei Unternehmen mit dem Sitz in Deutschland ein nach den Vorschriften des IPR im Einzelfall sodann zuständiges deutsches Gericht die rechtliche Prüfung eines Vertrages ausschließlich nach Schweizer Recht vorzunehmen hat.<sup>219</sup> Freilich wird einem solchen Umstand in der Praxis regelmäßig durch Vereinbarung eines der Rechtswahl entsprechenden Gerichtsstandes begegnet.

---

Hoffmann, Art. 27 EGBGB, Rn. 87; BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 8; Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 137 ff.; a. A. W. Lorenz, IPRax 1987, 269, 271; Bar, IPR II, Rn. 417; Kindler, RIW 1987, 660, 661.

<sup>214</sup> Vgl. nur BGH, NJW-RR 2005, 1071, 1072.

<sup>215</sup> BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 34.

<sup>216</sup> Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 128.

<sup>217</sup> BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 34.

<sup>218</sup> Vgl. Ferrari, in: Ferrari/Kieninger/Makowski, Art. 3 VO (EG) 593/2008, Rn. 51 ff. m.w.N.; Schulze/Staudinger, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 7; Bar, IPR II, Rn. 419.

<sup>219</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 2005, 1071, 1072.

## **6. §§ 305 – 310 BGB als Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO**

Aber auch in derlei Fällen ist stets zu beachten, dass die Parteien nach Art. 9 Rom I-VO ganz unabhängig der Frage des Vorliegens eines Auslandsbezugs in keinem Fall berechtigt sein können, durch Rechtswahl von sog. international geltenden Eingriffsnormen abzuweichen. Sollte es sich bei den §§ 305 - 310 BGB demnach um solche handeln, müsste vorliegende Untersuchung bereits an dieser Stelle ihr Ende finden.

Gemäß Art. 9 Abs. 1 Rom I- VO ist eine Eingriffsnorm „eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe“ der Rom I-VO „auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.“<sup>220</sup>

Daraus folgt, dass nicht jede nach nationalem Recht zwingende Vorschrift automatisch die Anforderungen an eine unabdingbare Eingriffsnorm im Sinne des Art. 9 Rom I-VO erfüllt.<sup>221</sup> Zugleich kommt aber jedes zwingende materielle Gesetz grundsätzlich als Eingriffsnorm in Betracht.<sup>222</sup>

In jedem Fall muss die in Rede stehende Vorschrift aber nicht nur der Regelung individueller Belange der Vertragsparteien dienen, sondern zugleich den Interessen des öffentlichen Gemeinwohls<sup>223</sup> und einen internationalen

---

<sup>220</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 u. 376/96 (Arblade und Leloup), Slg. 1999, 575, Rn. 30; Die Legaldefinition entspricht damit inhaltlich der der „zwingenden Normen“ der deutschen Vorgängervorschrift des Art. 34 EGBGB, vgl. BGH, NJW 2006, 762.

<sup>221</sup> Vgl. zu Art. 34 EGBGB bereits BAG, NZA 2002, 734; BAG, NZA 1995, 1191; BAG, NZA 1990, 841; MÜKO/Martiny, Art. 34 EGBGB, Rn. 9, 127; Staudinger/Magnus, Art. 34 EGBGB, Rn. 52, 53.

<sup>222</sup> BAG, MDR 2005, 997 ff..

<sup>223</sup> Vgl. so zu Art. 34 EGBGB bereits BGH, NJW 2006, 762; BAG, NZA 2002, 734; BAG, NZA 1995, 1191; BAG, NZA 1990, 841; Benecke, IPrax 2001, 449; Looschelders, IPR, Art. 34 EGBGB, Rn. 10; Mankowski, IPrax 1996, 405, 409; Sonnenberger, IPrax 2003, 104, 106; Staudinger/Magnus, Art. 34 EGBGB, Rn. 57.

Geltungsanspruch erheben.<sup>224</sup> Vorschriften des Privatrechts werden diese Anforderungen nur im Ausnahmefall zu erfüllen in der Lage sein können.<sup>225</sup> Es zeigt sich damit bereits – der Begriff der international zwingenden Eingriffsnorm ist keinesfalls gleichzusetzen mit dem der „Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf“ des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, sondern enger auszulegen.<sup>226</sup> Gemessen dieser Anforderungen kann es sich bei den §§ 305 – 310 BGB nicht um zwingenden Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Rom I-VO handeln, von denen die Parteien im Wege einer Rechtswahl nicht abzuweichen berechtigt wären.<sup>227</sup>

## **7. §§ 305 – 310 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO als zusammen gesetzte Eingriffsnorm**

So die §§ 305 – 310 BGB demnach singularär nicht die Anforderungen an eine Eingriffsnorm im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO erfüllen, muss sich dem jedoch die Frage anschließen, ob etwas anderes folgen kann, stellt man die §§ 305 – 310 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO, als kombinierte Eingriffsnorm, in den Mittelpunkt der Betrachtung.

Für eine solche Annahme mag sprechen, dass Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO durchaus eine wirtschaftspolitische und soziale Ordnungsfunktion beigemessen werden kann, was allein daraus folgen könnte, dass eine gewisse Einbuße an Regulierungshoheit des staatlichen Gesetzgebers unvermeidbar ist, lässt man den Parteien die Freiheit, auch in reinen Inlandssachverhalten von zwingenden

---

<sup>224</sup> Vgl. MÜKO/Martiny, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 9.

<sup>225</sup> Freitag, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 5.21.

<sup>226</sup> Unter Bezugnahme auf den 37 Erwägungsgrund zur Rom I-VO vgl. BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 9.

<sup>227</sup> Wohl h.M., vgl. nur BGH, NJW 2006, 762, der selbst der Einordnung nationalen Verbraucherschutzrechts als Eingriffsnorm eine Absage erteilt; ebenso Freitag, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 521; Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, Anhang zu § 305 BGB, Rn. 2c; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 239; a. A. Graf von Westphalen, NJW 1994, 2113, 2116 f.

Rechtsvorschriften des Einbettungsstatuts abzuweichen.<sup>228</sup> Dass nun in Konstellationen wie der vorliegenden durch eine Rechtswahl aber diese Wertungen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO gerade umgangen werden sollen, könnte gebieten, zumindest rechtfertigen, die §§ 305 – 310 BGB gerade im Zusammenspiel als Eingriffsnorm zu qualifizieren.<sup>229</sup>

Derartige, situationsbedingte Eingriffsnormen sind der Rechtssystematik international betrachtet auch nicht fremd. So sieht bspw. der englische „Unfair Contract Terms Act“ von 1977 in Sec. 27 Abs. 2 lit. a.) eine Vorschrift für eine Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln vor, die nicht als generell zwingende Eingriffsnorm zu qualifizieren ist, jedoch im Kontext einer zum Zwecke der Umgehung der Vorschriften des „Unfair Contract Terms Act“ vereinbarten Rechtswahl zu einer Eingriffsnorm aufsteigen kann.<sup>230</sup>

Auch wenn eine solche Annahme damit rechtsvergleichend einer Begründung zuzuführen sein mag, ist jedoch noch einmal festzuhalten, dass nach ganz h.M. §§ 305 – 310 BGB singulär betrachtet keine Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO darstellen. Zudem ist eine Regelungskonstruktion, wie sie sich in Sec 24 des „Unfair Contract Terms Act“ findet, weder in der deutschen noch in der europarechtlichen Judikatur bekannt. Für eine Übertragung auf die §§ 305 – 310 BGB ermangelt es daher der Grundlage als auch der Notwendigkeit.<sup>231</sup>

## 8. Zwischenfeststellung

Grundsätzlich ist somit eine gänzliche Umgehung des deutschen AGB-Rechts auch für deutsche Vertragsparteien in Verfahren vor staatlichen Gerichten

---

<sup>228</sup> Vgl. auch Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 238; unabhängig der Frage, ob eine IPR-rechtliche Vorschrift überhaupt als Eingriffsnorm im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO zu qualifizieren sein kann.

<sup>229</sup> Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 239.

<sup>230</sup> Vgl. Cheshire/North/Fawcett, Private International Law, S. 732 f.

<sup>231</sup> Dies ganz unabhängig der wollte man anderer Meinung sein dann auch hier relevanten Frage, ob die Vorschrift des Art. 3 Abs.3 Rom I-VO überhaupt auf Schiedsgerichte Anwendung findet.

möglich, allerdings nur innerhalb den Grenzen des IPR und damit anforderst nur bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts. In reinen Binnensachverhalten können sich die Vertragsparteien hingegen nicht durch eine schlichte Rechtswahl der Geltung des zwingenden nationalen Gesetzesrechts des Einbettungsstatuts entziehen, ist das Rechtsgeschäft dann doch ausschließlich mit den Vorschriften dieses Rechts verbunden.

## **IX. Die Schiedsvereinbarung**

### **1. Ausgangsüberlegung**

Hat Vorgenanntes somit unstreitig Geltung in Verfahren vor staatlichen Gerichten, drängt sich im Weiteren aber die Frage auf, ob Gleiches auch für Verfahren im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit gelten muss, oder hier – anders als vor staatlichen Gerichten – auch in rein nationalen Konstellationen eine „Abwahl“ zwingenden nationalen Rechts möglich sein kann.

Komplexer stellt sich vorgenannte Problematik demnach dar, wenn die Parteien im Falle eines reinen Inlandssachverhalts, also ohne jeglichen originären Auslandsbezug, vertraglich die Wahl eines ausländischen Vertragsstatuts mit einer Schiedsvereinbarung kombinieren, respektive dabei gar die Geltung der §§ 305 – 310 BGB abwählen, bei gleichzeitiger Anwendung des deutschen Rechts im Übrigen. Dabei ist die Wahl eines deutschen Schiedsortes als auch eines im Ausland befindlichen in Betracht zu ziehen. Im Falle der dogmatischen Begründung der Zulässigkeit einer solchen „Vertragskonstruktion“ könnte dies eine Möglichkeit der „Flucht“ vor den zwingenden §§ 305 - 310 BGB darstellen. Bedeutsam ist zudem, dass ein solches Ergebnis in erster Linie zwar nur von Relevanz für das zur (Hauptsache-) Entscheidung berufene Schiedsgericht wäre. Spätestens auf der Ebene des Einrede-, Anerkennungs- und/oder Vollstreckungsverfahrens zeigt sich diese aber dann durchaus auch für den Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit. Damit wird der Fragestellung eine nicht

unerhebliche rechtspolitische Brisanz immanent sein. Umso mehr stellt sich daher die Frage nach einer überzeugenden dogmatischen Begründung.

Zunächst ist hierfür ein Überblick über das Schiedsverfahrensrecht und insbesondere über die hierfür nach deutschem Recht geltenden Rechtsvorschriften voranzustellen.

## **2. Schiedsvereinbarung**

### **a. Grundlegung**

Neben bzw. alternativ zu Verfahren zur Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten vor Spruchköpern staatlicher Gerichtsbarkeit stellt die Rechtsordnung einem Rechtsschutzsuchenden das Institut des Schiedsverfahrens zur Verfügung. Ein Schiedsgericht ist ein von der staatlichen Gerichtsbarkeit unabhängiges, der Privatautonomie der Parteien entspringendes und damit privat eingesetztes Entscheidungsorgan.<sup>232</sup> Seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung erfährt es dabei aufgrund der freiwilligen Unterwerfung der Parteien eines Schiedsverfahrens unter den Schiedsspruch und verstößt daher auch nicht gegen Art. 92, 101 GG.<sup>233</sup>

Das Schiedsgericht spricht abschließend Recht. Es bietet Rechtsschutzsuchenden daher einen gleichwertigen<sup>234</sup> und „effizienten“ Rechtsschutz neben den staatlichen Gerichten.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> Vgl. dazu und zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung im Einzelnen Saenger, ZPO, Vorb. zu §§ 1025 – 1066, Rn. 7. m.w.N.; MÜKO/Münch, vor. § 1025 ZPO, Rn. 1; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 1, Rn. 1 f..

<sup>233</sup> BGH, NJW 76, 109 m.w.N.; Maunz/Dürig/Hillgruber, Art. 92 GG, Rn. 87 f.

<sup>234</sup> Vgl. Gesetzesentwurf zum SchiedsVfG vom 22.12.1997, BT-Drs. 13/5274, S. 34.

<sup>235</sup> Bechte, ZJS 2011, 307. Zur demokratischen Legitimation des Schiedsgerichts vgl. umfassend Classen, EuZW 2014, 611 ff.

Unter mehrerlei Aspekten werden Schiedsverfahren zudem Vorzüge im Vergleich zu einem Verfahren vor staatlichen Gerichten zugesprochen.<sup>236</sup> Ein Schiedsverfahren kann mangels Instanzenzugs den Vorteil haben, schneller und kostengünstiger zu sein als sein Pendant der streitigen Auseinandersetzung vor staatlichen Gerichten.<sup>237</sup> Ein weiterer Vorteil kann in der Möglichkeit liegen, Schiedsrichter mit besonderer Sachkunde zu benennen<sup>238</sup>, die mithin mit einem fachlichen Wissensvorsprung gegenüber staatlichen „Universalrichtern“ aufwarten könnten. In Bereichen besonderer zwischenparteilicher Sensibilität bzgl. des Informationsflusses, insbesondere bei Streitigkeiten vor dem Hintergrund besonderen Wissens, geheimen fachlichen Know-hows aus einer streitigen Geschäftsbeziehung o.Ä., bieten Schiedsverfahren zudem den Vorteil der Gewährleistung besonderer Vertraulichkeit, da der vor staatlichen Gerichten geltende Öffentlichkeitsgrundsatz des § 169 GVG für Verfahren vor Schiedsgerichten keine Anwendung findet.<sup>239</sup> Dies kann Schiedsgerichte aber zugleich auch weniger geeignet erscheinen lassen, in Streitigkeiten mit dem Kern rechtlich grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden - mangels Öffentlichkeitswirkung fehlt ihnen doch auch die faktische Präcedenzwirkung.<sup>240</sup>

Bedeutsam mag aufgrund sich gerade in jüngerer Entwicklung abzeichnender immer längerer Verfahrenslaufzeiten vor staatlichen Gerichten auch die in einem Schiedsverfahren erzielbare verhältnismäßig kurze Verfahrenslaufzeit sein und zusätzlicher Vorteil, sich der Entscheidung eines Schiedsgerichts zu unterwerfen.<sup>241</sup> Weiterhin kann aufgrund des fehlenden Instanzenzugs eine

---

<sup>236</sup> Eine umfassende Zusammenfassung zu den „Vorteilen“ eines Schiedsverfahrens findet sich u.a. bei Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 8 oder Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 1. Teil, Rn. 91.

<sup>237</sup> Vgl. Zypries, SchiedsVZ 2009, 1, 2.

<sup>238</sup> Saenger, ZPO, Vorb. zu §§ 1025 – 1066, Rn. 2; Risse, in: Hoffmann-Becking/Rawert, 1. Schiedsvereinbarungen, Rn. 1.

<sup>239</sup> Vgl. auch MÜKO/Münch, Vor § 1025 ZPO, Rn. 57; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 1, Rn. 8.

<sup>240</sup> Vgl. Bechte, ZJS 2011, 308.

<sup>241</sup> Vgl. bereits Köhler, Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft, S. 69, der unter Bezugnahme auf Anselm von Feuerbach „Ein verspäteter Rechtsgewinn ist öfters so schlimm, oft verderblicher als ein zeitiger Rechtsverlust“ dem Zeitfaktor die höchste Bedeutung beimisst.

Kostenersparnis im Vergleich zu über mehrere Instanzenzüge erfolgenden Verfahren vor staatlichen Gerichten bestehen. Auch wird teilweise angenommen, die Parteien eines Schiedsverfahrens seien infolge der Kenntnis des fehlenden Instanzenzuges und aufgrund der autonomen Schiedswahl in verhaltenstechnischer Hinsicht im Verfahren selbst weniger feindlich gesinnt und kompromissbereiter.<sup>242</sup>

Allerdings kann der Umstand des fehlenden Instanzenzugs sicherlich als solcher nur aufgrund der daraus resultierenden Umstände ein Vorteil gegenüber staatlicher Gerichtsbarkeit sein, per se wohl kaum, schließlich stellt er eine Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Parteien dar, was, auch wenn sie sich frei in diese begeben, das Risiko nicht abänderbarer Fehlentscheidungen birgt.

Schließlich zeigt sich ein Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit in der Möglichkeit der Vermeidung von Prozessen vor ausländischen Gerichten, da Schiedssprüche internationale Freizügigkeit genießen, insbesondere im Geltungsbereich des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06.1958. Damit zeigt sich aber auch beispielhaft, dass die Vorteile eines Schiedsverfahrens gegenüber einem Verfahren vor staatlichen Gerichten vor allem in internationalen Fallkonstellationen wirken. In diesen Bereichen wird daher auch der praktische Schwerpunkt schiedsverfahrensrechtlicher Aktivität liegen.

Da sich bei Novellierung des Schiedsverfahrensrechts durch das SchiedsVfG vom 22.12.1997 an dem Modellegesetz der Vereinten Nationen, dem UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law – Model Law orientiert und dies nicht nur bei dem bundesdeutschen Gesetzgeber, sondern bei einer Vielzahl von Staaten synonym erfolgte, sekundierte schließlich ein weiträumiger Gleichlauf nationalen Schiedsverfahrensrechts.<sup>243</sup> Dieser Umstand mag vorgenannte Entwicklung noch verstärken. Aus der Anlehnung

---

<sup>242</sup> So Bechte, ZJS 2011, 308.

<sup>243</sup> Vgl. die umfassenden Ausführungen von Böckstiegel, SchiedsVZ 2009, 3, 5; Saenger-ZPO, Vorb. zu §§ 1025 – 1066 ZPO, Rn. 7.



an das UNCITRAL-Modellgesetz und dessen Orientierung an den Bedürfnissen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit wird sich damit auch ein Grund finden lassen, warum Schiedsverfahren schließlich überwiegend im Bereich unternehmerischen Geschäftsverkehrs stattfinden.

Auch die im Schiedsverfahren gegebene Möglichkeit der freien Bestimmung des Verfahrensablaufs mag für kundige Parteien abschließend ein Vorteil sein, für weniger rechts- und in der Verfahrensführung praxiserfahrene Parteien kann aber auch das Gegenteil resultieren. Dem ließe sich indes durch die Vermeidung von Adhoc-Verfahren durch Unterwerfung unter die Standards einer Schiedsgerichtsinstitution begegnen. Ob als Vorteil oder Nachteil gegenüber staatlichen Verfahren – festzuhalten ist jedenfalls, dass die Parteien den Verfahrensablauf eines Schiedsverfahrens schließlich grundsätzlich frei bestimmen können.<sup>244</sup>

## **b. Rechtsgrundlagen**

Die konstituierenden Rechtsnormen eines Schiedsverfahrens nach deutschem Recht finden sich in den §§ 1025 ff. ZPO. Nach dem in § 1025 Abs. 1 S. 1 ZPO ausgedrückten Territorialprinzip gelten die Vorschriften dieses Abschnitts für nationale, als auch für internationale Schiedsverfahren handelsrechtlicher oder nicht-handelsrechtlicher Art, insofern der Ort des Schiedsverfahrens in Deutschland liegt.

Den Gedanken der Legitimation des Schiedsverfahrens als Auswuchs der Privatautonomie der Parteien statuierend, ist nach § 1029 Abs. 1 ZPO ein Schiedsverfahren nur zulässig, wenn die Parteien eine entsprechende Schiedsvereinbarung treffen (ausgenommen die Fälle des § 1066 ZPO, wonach ein Schiedsverfahren bei Anordnung zulässig sein kann; bspw. bei letztwilligen Verfügungen nach § 1937 BGB, satzungsgemäßer Anordnung bei Kapitalgesellschaften oder gesellschaftsvertraglicher Regelung bei

---

<sup>244</sup> Bechte, ZJS 2011, 307.

Personengesellschaften<sup>245</sup>). Dies setzt folglich eine übereinstimmende Willensäußerung der Parteien voraus, dass eine bestimmte Rechtsstreitigkeit an Stelle der staatlichen Gerichtsbarkeit von einem Schiedsgericht entschieden werden soll.<sup>246</sup> Die Schiedsvereinbarung kann dabei in Gestalt eigenständiger Vereinbarung, also als eigenständiger Vertrag neben dem Hauptvertrag oder in Form einer Klausel des Hauptvertrages – Schiedsklausel – getroffen werden<sup>247</sup>, § 1029 Abs. 2 Alt. 1 und 2 ZPO, und ist grundsätzlich auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig.<sup>248</sup>

Hinsichtlich der Rechtsnatur nicht unumstritten, ist der Schiedsvereinbarung mit der h.M.<sup>249</sup> eine Doppelfunktion zukommend – jene eines materiell-rechtlichen Vertrages über prozessrechtliche Beziehungen. Vereinzelt existente Mindermeinungen, die der Schiedsvereinbarung rein materiell-rechtliche<sup>250</sup> oder rein prozessrechtliche Rechtsnatur zuschreiben; sollen an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

Als materiell-rechtlicher Vertrag richten sich Zustandekommen und Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung folglich nach generellen zivilrechtlichen Grundsätzen.<sup>251</sup> Die Schiedsvereinbarung wirkt damit freilich inter partes und erfasst in sachlicher Hinsicht eben auch nur jene Rechtsstreitigkeiten, auf die in ihr Bezug genommen wird. Die Rechtsweite des sachlichen Anwendungsbereichs folgt demnach dem Parteiwillen. Bei Zweifeln über ihre Reichweite ist eine Schiedsvereinbarung dahingehend weit auszulegen, dass die

---

<sup>245</sup> Vgl. Zöller/Geimer, § 1066 ZPO, Rn. 4 m.w.N.; vgl. insbesondere für die Rechtsform der Aktiengesellschaft in gewissem Umfang nur BGH, Urt. v. 04.07.1051 – II ZR 117/50, BeckRS, 1951, 31203937; für die Rechtsform der GmbH BGH, NJW 1963, 203; für die Kommanditgesellschaft BGH, NJW 1980, 1049.

<sup>246</sup> BGH, NJW 1984, 669.

<sup>247</sup> Kreindler/Rust, Beck'sches RechtsanwaltsHandbuch, § 7, Rn. 49.

<sup>248</sup> BGH, NJW 1992, 575, 576; Lachmann/Lachmann, BB 2000, 1633, 1640; vgl. auch Kröll, NJW 2009, 1183, 2285; nach der Rspr. des BGH aber wohl nicht in Verbraucherverträgen, vgl. die umfassende Übersicht bei Hofmann/Frikell/Schwamb, Unwirksame Bauvertragsklauseln, S. 463 ff.

<sup>249</sup> BGH, NJW 1964, 519; BGH, NJW 57, 589; bereits RGZ 144, 96 (98), 156, 101 (104).

<sup>250</sup> Lorenz, AcP 157 (1958/1959), 265, 284.

<sup>251</sup> Vgl. bereits BGH, NJW 57, 589, 590; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 1025 ZPO, Rn 16.

Parteien im Zweifel alle Streitigkeiten in Bezug auf das betreffende Rechtsverhältnis der staatlichen Gerichtsbarkeit entziehen wollten.<sup>252</sup>

Folgt die rechtliche Behandlung einer Schiedsklausel Vorgenanntem folgend allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, müssen, insofern Regelungen verschiedener Rechtsordnungen auf eine Schiedsvereinbarung anwendbar sein könnten, hinsichtlich der Frage des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts schließlich auch die Regelungen des Internationale Privatrechts gelten.<sup>253</sup>

Vorstehendes zusammenfassend bietet ein Schiedsverfahren den Parteien somit einen weiten gestalterischen Spielraum. Sie haben demnach nicht nur die Freiheit, auf rein äußerlicher Ebene den Ort des Schiedsverfahrens (§ 1043 ZPO), die Verhandlungssprache (§ 1045 ZPO) und den Schiedsrichter (§ 1035 Abs. 2 S. 2 ZPO) zu bestimmen. Sie können auch das Verfahren innerhalb der geringen<sup>254</sup> Grenzen des § 1042 Abs. 3 ZPO in prozessualer Hinsicht als solches als auch materiell-rechtlich, und dabei sowohl kollisionsrechtlich (IPR) (§ 1051 Abs. 1 u. 2 ZPO) als auch einfach materiell-rechtlich (§ 1051 Abs. 3 u. 4 ZPO) weitgehend frei bestimmen.

---

<sup>252</sup> BGHZ 40, 320, 325.

<sup>253</sup> Vgl. BGH, NJW 1964, 591, 592; a.A. Jonas, JW 27, 1297.

<sup>254</sup> MÜKO/Münch, Vorbemerkung zu §§ 1025 ff. ZPO, Rn. 74.

### **c. Konkretes Rechtsverhältnis**

Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann grundsätzlich eine Rechtsstreitigkeit nahezu jeden Rechtsgebiets sein<sup>255</sup>; § 1029 Abs. 1 ZPO folgend ist lediglich Voraussetzung, dass es sich um eine Streitigkeit eben aus einem Rechtsverhältnis handelt. Dabei definiert sich der Begriff der Rechtsstreitigkeit entsprechend § 13 GVG i.V.m. § 3 Abs. 1 EGZPO – Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann also nur eine Streitigkeit sein, die auch Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sein kann.<sup>256</sup> Um eine unübersehbare Bindung der Parteien zu vermeiden, muss das Rechtsverhältnis hinreichend bestimmbar sein<sup>257</sup>, d.h. insbesondere, dass eine Schiedsvereinbarung nicht für zukünftig noch entstehende Rechtsverhältnisse geschlossen werden kann.

### **d. Schiedsfähigkeit**

Schließlich kann eine Schiedsvereinbarung nur wirksam sein, wenn der Streitgegenstand überhaupt schiedsfähig ist. Hierfür vorauszusetzen ist, dass die Parteien der Schiedsvereinbarung subjektiv schiedsfähig sind, d.h. die Fähigkeit der Parteien gegeben ist, überhaupt eine Schiedsvereinbarung wirksam schließen zu können. Die subjektive Schiedsfähigkeit folgt der Rechtsfähigkeit als auch der Geschäftsfähigkeit.<sup>258</sup> Im Schiedsverfahren folgen Partei- und Prozessfähigkeit somit denselben Grundsätzen eines originären Gerichtsverfahrens (§§ 55, 56 ZPO). Demnach ist jede prozessfähige natürliche und juristische Person grundsätzlich auch schiedsfähig.

Die objektive Schiedsfähigkeit folgt aus § 1030 ZPO und betrifft die Frage, welches Recht bzw. welcher Anspruch überhaupt Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann. Danach kann zunächst jeder

---

<sup>255</sup> Vgl. Saenger-ZPO, Vorbemerkung zu §§ 1025 – 1066 ZPO, Rn. 1.

<sup>256</sup> MÜKO/Münch, zu § 1029 ZPO, Rn. 76.

<sup>257</sup> Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 3, Rn. 15.

<sup>258</sup> Zöller/Geimer, § 1029 ZPO, Rn. 19.

vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein, § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO. Ein vermögensrechtlicher Streitgegenstand liegt vor, wenn er sich entweder aus Vermögensrechten ableitet oder eine vermögenswerte Leistung betrifft.<sup>259</sup> Hieran werden nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen sein, sodass ein vermögensrechtlicher Anspruch wohl bereits bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Interesses des Anspruchsinhabers an seiner Geltendmachung anzunehmen sein kann.<sup>260</sup>

Hinsichtlich der Schiedsfähigkeit nicht vermögensrechtlicher Ansprüche knüpft das Gesetz in § 1030 Abs. 1 S. 2 ZPO an die Vergleichsfähigkeit des Anspruchs an. Schiedsvereinbarungen über dergestaltete Ansprüche sind also nicht ipso iure unwirksam. Jedenfalls wird dies aber der Fall sein, insoweit ein Anspruch der Vergleichsbefugnis der Parteien entzogen ist. Dies soll immer gegeben sein bei Ansprüchen, die besonders schützenswerte und daher der privaten Verfügungsbefugnis entzogene Rechtsgüter betreffen, bzgl. derer sich der Staat sein Rechtssprechungsmonopol vorbehalten hat.<sup>261</sup> Ehesachen, Kindschaftssachen, Betreuungsangelegenheiten und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist damit die Schiedsfähigkeit entzogen. Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum im Inland betreffen sind ebenso unwirksam, vgl. § 1030 Abs. 1 ZPO. Schließlich kann sich eine Unwirksamkeit mangels objektiver Schiedsfähigkeit aus spezialgesetzlichen Vorschriften ergeben, wie § 65 PatG.<sup>262</sup>

Im Falle vorliegend im Fokus stehender rein vermögensrechtlicher vertraglicher Ansprüche wird die objektive Schiedsfähigkeit demnach aber regelmäßig unproblematisch sein.

---

<sup>259</sup> MÜKO/Münch, § 1030 ZPO, Rn. 12; RGZ 88, 332, 333; RGZ 144, 158, 159; BGHZ 13, 5, 7/8; BGHZ 14, 72, 74.

<sup>260</sup> Vgl. so auch Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, Rn. 163.

<sup>261</sup> Vgl. BGH, NJW 1991, 2215.

<sup>262</sup> Str. aber h.M., so MÜKO/Münch, § 1030 ZPO, Rn. 33; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 313; a.A. Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 4, Rn. 11; Schlosser, § 1030 ZPO, Rn. 3; Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, Rn. 187.; zum Sonderfall der Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten im Aktien- und GmbH-Recht vgl. BGHZ 132, 278 (285); BGHZ 180, 221 (227).

## **e. Form**

Nach § 1031 ZPO ist eine Schiedsvereinbarung weiterhin formbedürftig. Grundsätzlich bedarf eine wirksame Schiedsvereinbarung danach der Schriftform, entweder in einem von beiden Parteien unterzeichneten Dokument, ausreichend ist aber auch eine schriftliche Fixierung in wechselseitigem Schriftverkehr, insofern ein Nachweis der Vereinbarung sichergestellt werden kann.

## **f. Rechtsfolge**

Durch einen dementsprechenden wirksamen Abschluss einer Schiedsvereinbarung entziehen die Parteien den betreffenden Rechtsstreit also der Entscheidungsgewalt der staatlichen Gerichte. Nach § 1032 Abs. 1 ZPO ist eine vor einem staatlichen Gericht erhobene Klage damit als unzulässig abzuweisen, wenn sie eine Angelegenheit betrifft, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist. Voraussetzung ist lediglich die einredeweise Geltendmachung durch den Beklagten vor Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache – die Schiedseinrede.

## **3. Durchführung des Schiedsverfahrens**

Haben die Parteien demnach eine wirksame Schiedsvereinbarung getroffen, findet zur Verhandlung und Entscheidung einer evtl. aus dem von der Schiedsvereinbarung erfassten Rechtsverhältnis entstehenden Rechtsstreitigkeit ein Schiedsverfahren statt. Wie eingangs angeführt vermögen die Parteien auch den Ablauf des Schiedsverfahrens in den Grenzen rechtsstaatlicher verfahrensrechtlicher Mindeststandards selbst zu gestalten.

## **a. Adhoc – Schiedsverfahren**

Die Parteien eines Schiedsverfahrens haben damit grundsätzlich die Möglichkeit, das Verfahren und seinen Ablauf autonom zu vereinbaren. Dabei sind sie lediglich an die zwingenden Vorschriften des 10. Buches der ZPO gebunden, vgl. § 1042 Abs. 3 ZPO. Ein solches dann zusammen tretendes Adhoc-Schiedsgericht ist die ursprüngliche Erscheinungsform des Schiedsgerichts<sup>263</sup> und tritt nur zur Entscheidung der berufenen Rechtstreitigkeit und nur während dieser Dauer zusammen. Die dies herbeiführende Schiedsverfahrensvereinbarung unterliegt als von der Schiedsvereinbarung selbst unabhängiger Vertrag auch nicht dem Formerfordernis des § 1031 ZPO.<sup>264</sup> Bei Unvollständigkeit der von den Parteien vereinbarten Schiedsverfahrensregelungen gelten die Vorschriften des 10. Buches ergänzend. Insofern dort keine Regelung zur Schließung einer etwaigen Regelungslücke vorgesehen ist, steht die Verfahrensgestaltung diesbezüglich gem. § 1042 Abs. 4 S. 1 ZPO sodann im freien Ermessen des Schiedsrichters. Neben vorgenannter Bestimmung der Verfahrensregeln steht den Parteien selbstverständlich auch die Bezugnahme auf einen Muster- oder Standardtext offen.

## **b. Institutionelle Schiedsgerichte**

Neben Vorgenanntem steht zur Disposition der Parteien, auf die Verfahrensvorschriften einer bestehenden Schiedsgerichtsinstitution zurück zugreifen. Ein solches institutionelles Schiedsverfahren wird vor dauerhaft eingerichteten Schiedsgerichten geführt. Sie stehen „im Rahmen einer bestimmten Organisation als dauerhaft bestehende Einrichtungen zur Erledigung einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zur Verfügung.“<sup>265</sup> Das

---

<sup>263</sup> MÜKO/Münch, Vorbemerkung zu §§ 1025 ff. ZPO, Rn. 11.

<sup>264</sup> Vgl. Saenger-ZPO, § 1029 ZPO, Rn. 13; MÜKO/Münch, § 1042 ZPO, Rn. 77.

<sup>265</sup> MÜKO/Münch, Vorbemerkung zu §§ 1025 ff. ZPO, Rn. 12.

Verfahren vor einem institutionellen Schiedsgericht folgt einer festgelegten Verfahrensordnung der jeweilig angerufenen Institution. Regelmäßig sind darin auch kostenrechtliche und Regeln zur Zustellung, Zusammensetzung des Schiedsgerichts u.ä. sowie zu Fragen praktischer Natur getroffen, die es insbesondere unerfahrenen Parteien erleichtern können, den Verfahrensablauf „zu stemmen“. Durch eine dergestaltete Bezugnahme werden die Regelungen der Verfahrensordnung unmittelbar geltendes Recht des Schiedsverfahrensvertrages.<sup>266</sup>

Weitläufige Gebräuchlichkeit kommt wohl der Bezugnahme auf das Verfahren der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) oder der Hamburger freundschaftliche Arbitrage zu. Im internationalen Kontext sind auch Vereinbarungen zur Zuständigkeit großer tradierter Institutionen wie der Pariser Internationalen Handelskammer (ICC) oder der American Arbitration Association (AAA) möglich.<sup>267</sup> Dabei weisen diese Institutionen durchaus verfahrensrechtliche Unterschiede auf.

Aufgrund der umfassenden prozessualen Autonomie der Parteien im Schiedsverfahren liegt zwischen vorgenannten Modellen schließlich selbstverständlich ein weites Feld denkbarer Mischformen.

### **c. Verfahrensablauf**

Insofern die Parteien auf die Vereinbarung einer Verfahrensordnung eines institutionellen Schiedsgerichts oder auf eigene Verfahrensregelungen verzichten, folgt der Ablauf des Schiedsverfahrens nach deutschem Recht den ergänzenden Regeln des 10. Buchs der ZPO. Es sei sich daher zunächst eine

---

<sup>266</sup> Bechte, ZJS 2011, 307, 311; Hamann/Lennarz, BB 2007, 1009.

<sup>267</sup> Zur Darstellung wird sich bewusst auf die Nennung einiger weniger tradierter und bekannter großer Schiedsgerichtsinstitutionen beschränkt. Die Anzahl institutioneller Schiedsgerichte insgesamt ist kaum überschaubar, vgl. Wolf, Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, S. 8.



Übersicht zum gesetzlichen Verfahrenslauf als „Auffangfall“ angeschlossen, der hier zudem als „Standard“ unterstellt wird.

Das Schiedsverfahren beginnt danach grundsätzlich mit der Übermittlung eines Antrags des Klägers an den Beklagten, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, § 1044 S. 1 ZPO. Dem schließt sich die Erhebung der Klage an, § 1046 ZPO. Insofern die Parteien auch keine Regelungen zur Zusammensetzung des Schiedsgerichts getroffen haben, tritt sodann nach §§ 1034 Abs. 1 S. 2, 1035 Abs. 3 S. 2 ZPO ein Schiedsgericht regelmäßig in einer Besetzung mit drei Schiedsrichtern zusammen. Davon bestimmt jede Partei einen Schiedsrichter und die so Ernannten bestimmen gemeinsam einen Vorsitzenden.<sup>268</sup> Im Falle eines Dissens bei der Wahl des Vorsitzenden oder eines Ausbleibens der Benennung durch eine Partei, erfolgt die Benennung durch das jeweils zuständige Oberlandesgericht, § 1035 Abs. 3 S. 1, S. 3, Abs. 4 ZPO.

Das Verhältnis der Parteien zu den Schiedsrichtern regelt ein eigenständiger Schiedsrichtervertrag. Auf die Problematik der Benennung der Schiedsrichter bei mehr als zwei Parteien wird aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht näher eingegangen. Die Verfahrensleitung obliegt im Weiteren dem benannten Schiedsgericht. Es hat den Vortrag der Parteien zu werten, die Zustellungen der Schriftsätze und verfahrensleitenden Maßnahmen vorzunehmen. Dabei hat es den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 1042 Abs. 1 S. 2 ZPO) und das Prinzip der prozessualen Waffengleichheit zwingend zu beachten (§ 1042 Abs. 1 S. 1 ZPO). In einem Beweisverfahren kann das Schiedsgericht nach § 1042 Abs. 4 S. 2 ZPO über die Zulässigkeit einer Beweiserhebung entscheiden und nach Durchführung das Ergebnis frei würdigen. Das Schiedsgericht kann sich zudem bei der Beweisaufnahme der Unterstützung des zuständigen Amtsgerichts bedienen (§§ 1050 S. 1, 1062 Abs. 4 ZPO), was insbesondere bei der Verweigerung eines Zeugen, vor dem Schiedsgericht zu erscheinen, dienlich sein kann.<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> Saenger-ZPO, § 1034 ZPO, Rn. 4.

<sup>269</sup> Vgl. Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 99.

## **d. Schiedsspruch**

Seinen Abschluss findet das Verfahren grundsätzlich in der Entscheidung des Schiedsgerichts, durch Schiedsspruch, § 1056 Abs. 1 ZPO, oder durch Vergleich, § 1053 Abs. 1 ZPO. Wobei der vergleichweisen Streitbeilegung in der Praxis deutlich höheres Gewicht zukommen soll.<sup>270</sup> Insofern die Parteien kein Aufhebungsverfahren nach § 1059 ZPO anstrengen, wird damit der Rechtsstreit endgültig entschieden. Die Entscheidungskompetenz des Schiedsgerichts entspricht dabei dem eines staatlichen Gerichts.<sup>271</sup> Beide Entscheidungsformen wirken inter partes wie ein rechtskräftiges Urteil eines staatlichen Gerichts, § 1055 ZPO; sind folglich nach Vollstreckbarerklärung nach § 1060 ZPO (bei ausländischen Schiedssprüchen über § 1061 ZPO nach den Regelungen des New Yorker Übereinkommens von 1958) wie ein solches vollstreckbar.

Das Schiedsgericht entscheidet demnach grundsätzlich abschließend<sup>272</sup>; seine Tätigkeit ist damit „Rechtsprechung im materiellen Sinne“.<sup>273</sup>

## **e. Aufhebungsverfahren**

Da das Schiedsgericht den Rechtsstreit demnach abschließend entscheidet, stehen den Parteien gegen den Schiedsspruch wie bereits an vorderer Stelle angeführt auch nicht die regelmäßigen Rechtsmittel der Berufung (§ 511 ZPO) und Revision (§ 542 ZPO) zu, auch wenn der Schiedsspruch in seinen

---

<sup>270</sup> So Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, Rn. 8; Werner, GmbHR 2005, 1415, 1417.

<sup>271</sup> Es kann also Leistungs-, Feststellungs-, Gestaltungsurteile sprechen, vgl. Lionnet/Lionnet, S. 60.

<sup>272</sup> Bärmann, in: FS Weber, S. 1, 7, 9; Dütz, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, S. 232.

<sup>273</sup> Vgl. Hesselbart, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz, S. 4, zum Begriff der Rechtsprechung vgl. Wolf, Gerichtsverfassungsrecht, § 2 II 5 b), S. 11 ff.; vgl. zur zum Teil noch früher vertretenen, nicht zuletzt vom Gesetzgebungsstand selbst überholten, Auffassung, wonach die Tätigkeit des Schiedsgerichts keine Rspr. darstellen sollte Kornblum, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, S. 106, m.w.N.

Wirkungen einem Urteil gleicht steht. Der Schiedsspruch unterliegt dennoch keiner Nachprüfung auf seine inhaltliche Richtigkeit durch staatliche Gerichte (Verbot des „révision auf fonds“).<sup>274</sup> Als einzige Möglichkeit, gegen einen Schiedsspruch vorzugehen, sieht das Gesetz das Aufhebungsverfahren nach § 1059 ZPO vor.

Dessen Prüfungsmaßstab gilt gleichsam im Rahmen der Prüfung von Vollstreckbarkeitserklärungen inländischer Schiedssprüche nach § 1060 ZPO, § 1060 Abs. 2 ZPO.

### **aa. Formelle Voraussetzungen**

Auf Antrag einer der Parteien kann ein Schiedsspruch demnach aufgehoben werden, § 1059 Abs. 1 ZPO. Der Aufhebungsantrag ist gemäß § 1059 Abs. 4 ZPO innerhalb von drei Monaten zu stellen, beginnend mit dem „Empfang“ des Schiedsspruchs.<sup>275</sup>

### **bb. materielle Voraussetzungen**

Infolge der freiwilligen Unterwerfung unter die Entscheidungsgewalt des Schiedsgerichts kommt eine Aufhebung aber nur in den besonderen Fällen des § 1059 Abs. 2 ZPO in Betracht.

Vorliegend von vorstehender Relevanz und die Darstellung daher darauf beschränkend ist der Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO. Danach kann ein Schiedsspruch aufgehoben werden, „wenn das Gericht feststellt, dass die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (Ordre Public) widerspricht.“ Bei diesem Aufhebungsgrund handelt es sich um einen von Amts

---

<sup>274</sup> BayObLG, SchiedsVZ 2004, 319, 320 m.w.N.

<sup>275</sup> Auf den Zeitpunkt der Zustellung soll es hierbei nach h.L. nicht ankommen, im Ergebnis aber offen gelassen BGH, NJW 2001, 3787, 3788.

wegen zu berücksichtigenden Aufhebungsgrund, auf dessen Berücksichtigung die Parteien nicht verzichten können.<sup>276</sup> Selbst bei Fristversäumnis bzgl. der Stellung eines Aufhebungsantrags ist der Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 ZPO im Verfahren der Vollstreckbarerklärung zu berücksichtigen.<sup>277</sup> Dabei können Verstöße gegen den nationalen Ordre Public als auch Verstöße gegen den internationalen Ordre Public zur Aufhebung eines deutschen Schiedsspruchs führen.<sup>278</sup>

Zwar nimmt § 1059 ZPO als nationale Norm zunächst nur Bezug auf den nationalen Ordre Public. Dieser wiederum erfasst aber selbst auch den internationalen Ordre Public.<sup>279</sup>

## **(1) Umfang des Ordre Public**

Der deutsche Ordre Public umfasst die deutsche öffentliche Ordnung.<sup>280</sup> Diese wiederum formt sich im Wesentlichen aus den Grundrechten und diesen zugrunde liegenden Wertentscheidungen und Gerechtigkeitsvorstellungen.<sup>281</sup>

Der sich daraus ergebende Prüfungsmaßstab gilt stets und auch dann, wenn die Parteien der schiedsgerichtlichen Entscheidung ein anderes materielles Recht zugrunde legen, als das deutsche<sup>282</sup>, ist also hinsichtlich der Frage der Aufhebung und Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs von erheblicher Bedeutung, ganz unabhängig des Schiedsortes.

Bei der Prüfung eines Verstoßes gegen den Ordre Public im Rahmen der Prüfung nach § 1059 ZPO ist aufgrund der Nähe zu § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine enge Auslegung geboten, wonach ein relevanter Ordre Public-Verstoß nur

---

<sup>276</sup> BT-Drs.13/5274, S. 59.

<sup>277</sup> BGH, NJW-RR 2006, 995, 996.

<sup>278</sup> Vgl. BT-DRs.13/5274, S. 59.

<sup>279</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 59.

<sup>280</sup> Saenger-ZPO, § 1059 ZPO, Rn. 23.

<sup>281</sup> Vgl. BT-Drucks 13/5274, S 59; BVerfG, Beschl. v. 18.10.2006 – 1 BvR 2505/06, Rn. 4; OLG Karlsruhe, OLGR 2002, 94, 95.; BayObLG, SchiedsVZ 2004, 319, 320; OLG Dresden, SchiedsVZ 2005, 210, 213.

<sup>282</sup> Vgl. BGH, NJW 1958, 1538, 1539.

in extremen Ausnahmefällen anzunehmen sein soll.<sup>283</sup> Danach ist für einen solchen Verstoß notwendig, dass der Schiedsspruch „mit den Grundgedanken der deutschen Regelung und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in unvereinbarem Widerspruch steht“.<sup>284</sup> Dabei muss die verletzte Norm „Ausdruck einer für die Rechtsordnung grundlegenden Werteentscheidung des Gesetzgebers“ sein.<sup>285</sup> Selbstredend erfüllen nicht alle zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts dieses Kriterium.<sup>286</sup>

Aber nicht nur Verstöße gegen den Deutschen Ordre Public können zur Aufhebung eines Schiedsspruchs führen; der Prüfungsmaßstab des staatlichen Gerichts umfasst wie vorgenannt ebenfalls Verstöße gegen den internationalen Ordre Public.<sup>287</sup>

Nach herrschender Meinung umfasst der Prüfungsmaßstab schließlich Verstöße gegen den „verfahrensrechtlichen Ordre Public“ – Mängel im Schiedsverfahren – als auch den „materiell-rechtlichen Ordre Public“ – Mängel des Schiedsspruchs in inhaltlicher Hinsicht.<sup>288</sup>

## **(2) Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen Ordre Public**

Die Aufhebung eines Schiedsspruchs kommt somit bei einem Verstoß gegen das vom Schiedsgericht anzuwendende und zu beachtende Verfahrensrecht in Betracht. Nicht jeder Verfahrensverstoß führt jedoch zur Aufhebung des

---

<sup>283</sup> Saenger-ZPO, § 1059 ZPO, Rn. 23.

<sup>284</sup> Vgl. BGH, NJW 2014, 1597, wonach die Unvereinbarkeit zudem offensichtlich sein muss; MÜKO/Münch, § 1059 ZPO, Rn. 38 ff.; Zöller/Geimer, § 1059 ZPO, Rn. 47; BGH, SchiedsVZ 2014, 98; BGH, NJW 2009, 1215, 1216.

<sup>285</sup> BGH, NJW 2009, 1215, 1216.

<sup>286</sup> BGH, SchiedsVZ 2014, 98, 99.

<sup>287</sup> Vgl. BT-Drs 13/5274, S. 59.

<sup>288</sup> BGH, NJW 1973, 98; Musielak/Voit, § 1059 ZPO, Rn. 25; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 24, Rn. 35.

Schiedsspruchs. Erforderlich ist nach herrschender Meinung vielmehr „die Möglichkeit einer Auswirkung des Verfahrensfehlers auf den Schiedsspruch“.<sup>289</sup>

Danach in Betracht kommende Verfahrensfehler werden sich insbesondere auf Fälle nicht vorschriftsmäßiger Vertretung einer der Parteien im Schiedsverfahren<sup>290</sup>, unzureichende Gewährung rechtlichen Gehörs<sup>291</sup> sowie bei Vorliegen von Umständen, die gleichfalls einen Restitutionsgrund im Sinne des § 580 ZPO darstellen können<sup>292</sup>, beschränken.<sup>293</sup>

### **(3) Verstoß gegen den materiell-rechtlichen Ordre Public**

Von vorliegend primärer Bedeutung sind indes Fälle eines Verstoßes gegen den materiell-rechtlichen Ordre Public. Danach liegt ein zur Aufhebung des Schiedsspruchs führender Ordre Public-Verstoß vor, wenn aufgrund eines inhaltlichen Mangels des Schiedsspruchs dessen Ergebnis nicht mit materiell-rechtlichen Grundsätzen deutschen Rechts vereinbar ist.<sup>294</sup> Ein Ordre Public-Verstoß kann dabei aber nicht allein deswegen vorliegen, dass das Schiedsgericht zwingendes Recht nicht angewandt hat oder der Schiedsspruch gegen solches verstößt.<sup>295</sup> Wollte man alleinig eine solche Nichtbeachtung zwingenden Rechts oder dessen Nichtanwendung für eine Aufhebungsmöglichkeit bereits ausreichen lassen, folgte wohl unabwendbar ein

---

<sup>289</sup> BGH, NJW 1952, 27; BGHZ 31, 43, 46 f.; Musielak/Voit, § 1059 ZPO, Rn. 27; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap 24 Rn. 35; a.A. MÜKO/Münch, § 1059 ZPO, Rn. 44 f.

<sup>290</sup> Saenger-ZPO, § 1059 ZPO, Rn. 25.

<sup>291</sup> BayObLG, NJW-RR 2000, 807, 808.

<sup>292</sup> Vgl. BGH, NJW 2001, 373, 374; zur Berücksichtigung der Einschränkungen der §§ 581 ff. ZPO, vgl. KG, SchiedsVZ 2013, 112, 118.

<sup>293</sup> Zu weiteren Aufhebungsgründen bei Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen Ordre Public in Einzelfällen vgl. die Auflistung bei Saenger, ZPO, § 1059 ZPO, Rn. 28; siehe auch Wilske/Markert, BeckOK ZPO, § 1059 ZPO, Rn. 63.1; MÜKO/Münch, § 1059 ZPO, Rn. 45.

<sup>294</sup> Vgl. Musielak/Voit, § 1059 ZPO, Rn. 29; MÜKO/Münch, § 1059 ZPO, Rn. 44; jeweils m.w.N.

<sup>295</sup> BGH SchiedsVZ 2014, 98, 99; BGH, NJW 2009, 1215; Musielak/Voit, § 1059 ZPO, Rn. 29; auch Zöller/Geimer, Rn. 74 mit Verweis darauf, dass der Gesetzgeber, hätte er einen Verstoß gegen zwingendes Recht stets als Aufhebungsgrund in § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO gewollt, dies wie bei § 110 ArbGG im Wortlaut auch zum Ausdruck gebracht hätte.

Konflikt des staatlichen Gerichts mit dem ihm auferlegten Verbot der „Révision au fond“ – dem Verbot, den Schiedsspruch auf seine sachliche Richtigkeit hin zu überprüfen. Hierzu ist das staatliche Gericht gerade nicht befugt, sondern eben auf die Überprüfung wesentlicher Ordre Public-Verstöße beschränkt.<sup>296</sup>

Eine Verletzung des materiell-rechtlichen Ordre Public kommt danach insbesondere in Betracht, wenn der Schiedsspruch gegen die guten Sitten (§ 134 BGB) oder Verbotsgesetze (§ 138 BGB) verstößt.<sup>297</sup> Zu beachten ist dabei, dass allerdings inländische Rechtsprechung zu §§ 134, 138 BGB im Gegensatz zu den diesen zugrunde liegenden Wertungen, nicht zum materiell-rechtlichen Ordre Public zählt.<sup>298</sup>

#### **4. Entscheidungsgrundlage - Wahl von „Rechtsvorschriften“**

Gem. § 1051 Abs. 1 S. 1 ZPO hat das Schiedsgericht eine Streitigkeit „in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind“. Treffen die Parteien dabei keine ausdrückliche anderweitige Bestimmung handelt es sich bei der Wahl des anwendbaren Rechts um eine Sachnormverweisung.<sup>299</sup> Das Schiedsgericht trifft seine Entscheidung also auf Grundlage des von den Parteien für anwendbar erklärten materiellen Rechts.<sup>300</sup>

---

<sup>296</sup> Zöller/Geimer, § 1059 ZPO, Rn. 74; vgl. auch BGH, NJW 2002, 3031, 3032.

<sup>297</sup> Vgl. Saenger, ZPO, § 1059 ZPO, Rn. 32; vgl. derselbe, Rn. 34 mit weiteren Nachweisen zum Verstoß gegen den materiell-rechtlichen Ordre Public in Einzelfällen; siehe auch BeckOK ZPO Wilke/Markert, § 1059 ZPO, Rn. 63.2; MÜKO/Münch, § 1059 ZPO, Rn. 47.

<sup>298</sup> OLG Saarbrücken, SchiedsVZ 12, 47, 50 f.

<sup>299</sup> Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 176.

<sup>300</sup> Vergleichbare Regelungen finden sich in den Schiedsgerichtsordnungen aller institutioneller Schiedsgerichte, vgl. Schütze, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 1, Rn. 31.

Die Rechtswahl ist für die Schiedsrichter verbindlich<sup>301</sup>, was bereits elementarer Grundsatz des internationalen Ordre Public und der lex mercatoria ist.<sup>302</sup> Treffen die Parteien keine solche „Rechtswahl“, ist der Rechtsstreit nach deutschem Recht von dem Schiedsgericht auf Grundlage des Rechts des Staates zu entscheiden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engste Verbindung aufweist, § 1051 Abs. 2 ZPO.<sup>303</sup> Nach dem Willen der Parteien kann das Schiedsgericht gem. § 1051 Abs. 3 S. 1 ZPO auch eine Entscheidung nach Billigkeit treffen. Stets hat das Schiedsgericht dabei die Regelungen der Schiedsvereinbarung sowie bestehende Handelsbräuche zu berücksichtigen, § 1051 Abs. 4 ZPO.

Treffen die Parteien schließlich keine ausdrückliche dementsprechende Vereinbarung, sondern vereinbaren bspw. ein institutionelles Schiedsverfahren, so wird hierin regelmäßig zugleich ein zulässiger Verweis auf die Rechtsanwendungsregeln der entsprechend angerufenen Institution gesehen.<sup>304</sup> Bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens nach den Regeln der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) bspw. folgt dem zugleich ein zulässiger und wirksamer Verweis<sup>305</sup> auf § 23 DIS-SchiedsGO<sup>306</sup>, der indes wiederum § 1051 ZPO entspricht. Entsprechendes ergibt sich aus den Regeln anderer Schiedsinstitutionen. So haben bspw. die Parteien eines Schiedsverfahrens vor der Internationalen Handelskammer Paris (ICC) nach Art. 21 Abs. 1 S. 1 ICC-Rules 2012 ebenfalls das Recht, die auf den Vertrag anwendbaren Rechtsvorschriften zu bestimmen – „The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of

---

<sup>301</sup> Im internationalen Vergleich vgl. bspw. Art. 28 Abs. 1 S. 1 UNCITRAL-Modellgesetz für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit; Art. 33 Abs. 1 S. 1 UNCITRAL-Schiedsordnung; § 1051 ZPO; Art. 187 Abs. 1 S. 1 HS. Schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht; Art. 1054 Abs. 2 S. 1 Niederländische Zivilprozessordnung.

<sup>302</sup> Bereits Nussbaum, Grundzüge des IPR, S. 150 f.; Sandrock, in: Böckstiegel, Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 21, 67 ff.

<sup>303</sup> Zur Bestimmung des anwendbaren Rechts durch den Schiedsrichter vgl. auch Lew, in: FS Sandrock, 581 ff.; auch Lando, in: FS Zweigert, 157 ff..

<sup>304</sup> Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170.

<sup>305</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170.

<sup>306</sup> DIS-Schiedsgerichtsordnung 98 v. 01.07.1098, abrufbar unter <http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/dis-schiedsgerichtsordnung-98-id2> (Stand 03.07.2016)



the dispute“.<sup>307</sup> Nachfolgende Überlegungen werden hinsichtlich ihrer Tragweite vorbehaltlich der Prüfung im Einzelfall also generell, d.h. unabhängig der Durchführung eines institutionellen oder eines Adhoc-Schiedsverfahrens gelten können.

Von dieser Wahl des von dem Schiedsgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legenden materiellen Rechts ist schließlich stets die Frage des anwendbaren Schiedsverfahrensrechts zu trennen. Regelmäßig<sup>308</sup> sind die Parteien eines Schiedsverfahrens auch berechtigt, das Schiedsverfahrensrecht zu bestimmen, dies allerdings stets innerhalb der Grenzen entsprechender zwingenden schiedsverfahrensrechtlichen Vorschriften des jeweils vereinbarten Schiedsortes.<sup>309</sup> Nach deutschem Schiedsverfahrensrecht folgt Entsprechendes § 1042 Abs. 3 ZPO.

Bei der Bestimmung des in einem Schiedsverfahren anzuwendenden Rechts ist somit grundsätzlich zu differenzieren zwischen dem:

- auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Recht;
- auf den Hauptvertrag anzuwendenden Recht;
- auf das Schiedsverfahren anzuwendenden Recht (lex arbitri),
- auf den Schiedsrichtervertrag anzuwendenden Recht.<sup>310</sup>

Die Differenzierung ist stets geboten und sorgfältig vorzunehmen, kann sie im Einzelfall doch auch dazu führen, dass das anzuwendende Verfahrensrecht und das auf den Streitfall anzuwendende materielle Recht unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen.<sup>311</sup>

Vorliegend von entscheidender Relevanz ist indes die Frage des auf den Hauptvertrag anzuwendenden Rechts, weshalb voraus gesetzt wird, dass im

---

<sup>307</sup> ICC Rules of Arbitration 2012, abrufbar unter [www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration) (Stand 03.07.2016)

<sup>308</sup> Stets vorbehaltlich einer Prüfung der betreffenden Rechtsordnung im Einzelfall.

<sup>309</sup> Vgl. Hamann/Lennarz, BB 2007, 1009, 1010.

<sup>310</sup> vgl. auch Berger, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 339.

<sup>311</sup> Laut Berger in internationalen Verfahren häufiger als deren Identität, vgl. Derselbe, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 339 m.w.N.

Folgenden der Begriff der „Rechtswahl“ stets in diesem Kontext verstanden wird, außer es sei ausdrücklich etwas anderes erwähnt.

In der vorliegenden Betrachtung sind Rechtswahl, Schiedsvereinbarung und Hauptvertrag entsprechend der herrschenden Meinung weiterhin stets als jeweils eigenständige Verträge verstanden.<sup>312</sup>

## **X. Wahl von „Rechtsvorschriften“ in reinen Inlandssachverhalten unter Vereinbarung eines Schiedsverfahrens mit Schiedsort in Deutschland**

Nach voran gestellter Skizzierung der rechtlichen Determinanten des Rechts der Rechtswahl sowie des Schiedsverfahrensrechts ist sich auf dieser Grundlage der Frage zuzuwenden, ob die Parteien im Rahmen einer Schiedsvereinbarung im Falle eines reinen Inlandssachverhalts über die Wahl eines ausländischen Vertragsstatuts oder gar eine Abwahl der §§ 305 – 310 BGB der zwingenden Geltung der §§ 305 – 310 BGB entgehen, diese durch Kombination der Rechtswahl mit der Schiedsvereinbarung also trotz Fehlens eines originären Auslandsbezugs abzuwählen berechtigt sein können. Die folgenden Überlegungen setzten dazu, wie eingangs bereits angeführt, zunächst die Konstellation eines formularmäßig vereinbarten Schiedsverfahrens zwischen zwei unternehmerischen Akteuren über eine vertragsrechtliche Rechtsstreitigkeit ohne Auslandsbezug unter Vereinbarung eines Schiedsortes in Deutschland voraus.

---

<sup>312</sup> Zur Rechtswahl vgl. nur BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 12 f.; zur h. M., die die Schiedsvereinbarung, gar als Schiedsklausel, insbesondere aufgrund der Regelung des § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO als vom Hauptvertrag unabhängigen selbstständigen Vertrag versteht, vgl. nur MÜKO/Münch, § 1040 ZPO, Rn. 8 ff.

## 1. Reichweite der Rechtswahlbefugnis im Schiedsverfahren

Dazu ist zunächst zu erörtern, ob die Parteien eines Schiedsverfahrens bei ihrer Rechtswahl denselben Beschränkungen unterworfen sind, wie sie zuvor geschildert in Verfahren vor staatlicher Gerichtsbarkeit gelten. Diese, von Seiten der Rechtsprechung nach wie vor nicht entschiedene Frage<sup>313</sup> ist in der Literatur seit jeher hoch umstritten.

Die Frage des von einem deutschen Schiedsgericht seiner Entscheidung zugrunde zulegenden materiellen Rechts folgt nach deutschem Recht der bereits aufgezeigten Vorschrift des § 1051 ZPO. Dessen Anwendbarkeit bei Vereinbarung eines deutschen Schiedsortes folgt zum räumlichen Anwendungsbereich § 1025 Abs. 1 ZPO, wonach die Vorschriften des 10. Buches der ZPO grundsätzlich Anwendung finden, „wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens im Sinne des § 1043 Abs. 1 in Deutschland liegt“. § 1025 Abs. 1 ZPO folgt damit konsequent den Grundsätzen des *lex loci* und setzt den Anwendungsbereich dem originär-hoheitlichen Geltungsanspruch folgend. Die Wahl des Schiedsortes der Parteien muss also auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland fallen, wie im vorliegenden Fall unterstellt. Der sachliche Anwendungsbereich der Norm umfasst in jedem Fall den hier relevanten Bereich des Vertragsrechts.<sup>314</sup>

Wie dargestellt hat das Schiedsgericht nach § 1051 Abs. 1 ZPO „die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind.“ Die Parteien eines Schiedsverfahrens sind demnach berechtigt, das von dem Schiedsgericht seiner Entscheidung zugrunde zulegende materielle Recht frei zu wählen.<sup>315</sup> Dabei wird eine solche Rechtswahl im Schiedsverfahren,

---

<sup>313</sup> Vgl. auch Schmidt-Ahrendts/Höttler, *SchiedsVZ* 2011, 267, 269.

<sup>314</sup> aaO. S. 70 ff.; Zöller/Geimer, § 1051 ZPO, Rn. 2; zur Rechtswahl bei nicht schuldrechtlichen Sachverhalten vgl. die Ausführungen von Heini, in: FS Stoll, 619, ff.

<sup>315</sup> MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 10; Musielak/Voit, § 1051 ZPO, Rn. 2; Saenger, § 1051 ZPO, Rn. 3.

insbesondere bei internationalen Verträgen mit gewichtigen Vertragsgegenständen, die Regel sein.<sup>316</sup>

Bereits ausweislich des Wortlauts des § 1051 Abs.1 ZPO zeigt sich eine entscheidende Differenz zur für die Rechtswahl vor staatlichen Gerichten wie aufgezeigt geltenden Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO, wonach „Der Vertrag (...) dem von den Parteien gewählten Recht.“ unterliegt. Merkwürdig und im Unterschied dazu ermöglicht § 1051 Abs. 1 ZPO (wie die entsprechenden schiedsgerichtsinstitutionellen Vorschriften gleichsam) nicht (nur) die Wahl des anwendbaren „Rechts“, sondern die Wahl der anwendbaren „Rechtsvorschriften“. Es besteht hier also bereits keine Begrenzung der Opportunität der Parteien auf eine Rechtsordnung „als Ganzes“.<sup>317</sup>

Es ist festzuhalten, dass im Rahmen des § 1051 Abs. 1 ZPO die Parteien also auch im Schiedsverfahren die Befugnis haben, das von dem Schiedsgericht seiner Entscheidung zu Grunde zu legende materielle Recht frei zu bestimmen.<sup>318</sup> Mit dem Wortlaut der freien Wählbarkeit von „Rechtsvorschriften“ wird der Privatautonomie zudem offensichtlich weiter gehender Rechnung getragen als im Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit. So wird aufgrund der Formulierung „Rechtsvorschriften“ verdeutlicht, dass die Parteien des Schiedsverfahrens nicht auf die Möglichkeit der Wahl einer Rechtsordnung reduziert sind, sondern vielmehr dazu befugt, auch Rechtssätze aus verschiedenen nationalen Rechtsordnungen oder aus internationalen Regelungswerken als für das Schiedsgericht maßgebliches Sachrecht zu bestimmen.<sup>319</sup> Daraus wiederum wird weitgehend unstreitig<sup>320</sup> gefolgert, dass die Befugnis der Parteien dann auch soweit gehen muss, auch nur einzelne Rechtssätze einer Rechtsordnung zu wählen, also bestimmte Vorschriften einer Rechtsordnung für unanwendbar zu erklären oder gar ganz eigene Rechtsregeln

---

<sup>316</sup> Vgl. Böckstiegel, in: FS Sandrock, 443, 448.

<sup>317</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 52.

<sup>318</sup> Vgl. auch Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170.

<sup>319</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5274, S. 52, rechte Spalte, 1. Abschn..

<sup>320</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170 m.w.N.

aufzustellen<sup>321</sup>. Wortlaut als auch Gesetzesbegründung zur geltenden Fassung des § 1051 Abs. 1 ZPO lassen die Reichweite der Rechtswahlbefugnis im Einzelnen allerdings offen. Ausdrücklich klargestellt wird aber: „Dass eine solche Rechtswahl nicht völlig ohne Schranken zugelassen ist, versteht sich von selbst und braucht daher im Gesetzestext nicht besonders hervorgehoben werden.“<sup>322</sup>

## **2. „uneingeschränkte“ Rechtswahl auch im Schiedsverfahren nur bei Vorliegend eines Auslandsbezugs ?**

Es schließt sich daher unmittelbar die Frage an, welchen Schranken die Parteien eines Schiedsverfahrens hinsichtlich der Wahl des von dem Schiedsgericht anzuwendenden materiellen Rechts unterworfen sind.

In diesem Zusammenhang stellt sich anforderst die Frage, ob die Parteien im Rahmen des § 1051 ZPO auch berechtigt sind, von zwingendem nationalen, d.h. deutschen, Recht abzuweichen. Wenn dies der Fall ist, folgt dem weiter gehend, ob eine Befugnis zur Abwahl zwingenden Rechts auch in reinen Inlandsfällen wie dem vorliegenden möglich sein kann oder die Parteien auch im Rahmen ihrer Rechtswahl nach § 1051 ZPO dafür gleich der Regelungen für staatliche Gerichte an das Erfordernis des Vorliegens eines Auslandsbezugs gebunden sind.

---

<sup>321</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170; Martiny, in: FS Schütze, 1999, 529, 536; Weigand/Hanefeld, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Rn. 7176; Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 660; Schütze/Theune, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, § 23 DIS-SchiedsGO, Rn. 2; Zöller/Geimer, § 1051 ZPO, Rn. 2 ff; im Ergebnis auch Musielak/Voit, § 1051 ZPO, Rn. 2, der eine Rechtswahl „bis zur Grenze des Ordre Public“ zulässt; offen Saenger, § 1051 ZPO, Rn. 3 ff.; ebenso MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 9.

<sup>322</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 52, rechte Spalte, 1. Abschn.

## **a. Befugnis zur Abweichung von zwingendem Recht des Einbettungsstatuts nach § 1051 Abs. 1 ZPO**

Die zuvor festgestellte aus § 1051 Abs. 1 ZPO folgende Berechtigung, das vom Schiedsgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legende materielle Recht frei zu bestimmen und dabei auch einzelne Rechtsvorschriften abwählen zu können, legt bereits nahe, diese Befugnis auch unabhängig davon gelten zu lassen, ob die Parteien „lediglich“ von dispositivem oder auch von positivem Recht abweichen. So ist selbst in Verfahren vor staatlichen Gericht grundsätzlich eine Abwahl zwingenden nationalen Rechts zulässig, erfordert die zulässige Abweichung von zwingendem Recht des Einbettungsstatuts doch eben „nur“ das Vorliegen eines Auslandsbezugs. Da kein Grund ersichtlich ist, dass für Schiedsgerichte etwas anderes gelten sollte, aufgrund des liberaleren Wortlauts des § 1051 Abs. 1 ZPO zur Befugnis zur Wahl von „Rechtsvorschriften“ hier vielmehr eine größere Reichweite der Rechtswahlbefugnis zu unterstellen sein muss, folgt die ganz h. M., dass die Parteien eines Schiedsverfahrens grundsätzlich auch zur Abwahl zwingenden nationalen Rechts befugt sind.<sup>323</sup>

## **b. Erfordernis eines Auslandsbezugs in § 1051 Abs. 1 ZPO**

Wenn damit die grundsätzliche Zulässigkeit einer Abweichung von zwingenden nationalen Rechtsvorschriften auch im Rahmen des § 1051 Abs. 1 ZPO noch unproblematisch und in aller Kürze bejaht werden konnte, muss sich zur Analyse und Beantwortung der weiter gehenden Frage aber damit auseinander zusetzen sein, ob dieser Grundsatz auch in reinen Inlandsfällen uneingeschränkt

---

<sup>323</sup> Vgl. Martiny, in: FS Schütze, 1999, 529, 536; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170; Schütze/Theune, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, § 23 DIS-SchiedsGO, Rn. 2; Weigand/Hanefeld, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Rn. 7176; Zöller/Geimer, § 1051 ZPO, Rn. 2 ff.; Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 60; im Ergebnis auch Musielak/Voit, § 1051 ZPO, Rn. 2, der eine Rechtswahl „bis zur Grenze des Ordre Public“ zulässt; offen Saenger-ZPO, § 1051 ZPO, Rn. 3 ff.; ebenso MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 9, 22, der indes davon ausgeht, dass § 1051 ZPO als IPR-Vorschrift immer einen Auslandsbezug erfordere, welcher aber wiederum bereits durch die Rechtswahl als solche geben sei.

Geltung beanspruchen kann oder auch ein Schiedsgericht an die Grenzen der für staatliche Gerichte geltenden Rom I-VO gebunden ist.

In Teilen der Literatur wird eine das Erfordernis des Auslandsbezugs vorgebende Anwendung der Vorschriften der Rom I-VO auf Schiedsverfahren von vorneherein abgelehnt.<sup>324</sup> Andere Stimmen unterstellen einen generellen Vorrang der Regelungen der Rom I-VO auch vor § 1051 Abs. 1 ZPO.<sup>325</sup> Schließlich existieren in Teilen des Schrifttums Meinungen, die den Vorschriften der Rom I-VO zwar keinen generellen Vorrang gegenüber § 1051 Abs. 1 ZPO einräumen, aber die Regelungswerke auch nicht gänzlich unabhängig voneinander ansehen.<sup>326</sup>

---

<sup>324</sup> Mit unterschiedlicher Argumentation Grimm, SchiedsVZ 2012, 189, 190 f.; MÜKO/Martiny, vor Art. 1 Rom I-VO, Rn. 61, 100; Musielak/Voit, § 1051 ZPO, Rn. 3; PWW/Weinrich, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 20; Lehmann, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, S. 433, 437 f.; Junker, in: FS Sandrock, 443, 463; Wegen, in: FS Kühne, 2009, 933, 942; Kondring, RIW 2010, 184, 189; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 237; Schmidt-Ahrendts/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 269 f.; Hausmann, in: FS von Hoffmann, 2011, 971, 977 ff.; Pfeiffer, in: Graf von Westphalen (Hrsg.), Deutsches Recht im Wettbewerb, 2009, S. 178-181; Derselbe, EuZW 2008, 622, 623; Derselbe, NJW 2012, 1169, 1170 f.; Solomon, RIW 1997, 981, 983; Voit, JZ 1997, 120, 123; Beulker, Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren, S. 224 f.; Hoffmann/Stegemann, JuS 2013, 207, 210; Zobel, Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht, 18, 107; Moller, NZG 2000, 57, 68 ff.; Martiny, in: FS Schütze, 1999, S. 529, 535 ff.; Saenger-ZPO, § 1051 ZPO, Rn. 1, 2; Schlosser, in: Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht, 163, 198 f.; Hausmann, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 8.412 f.; Martiny, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 1.103; BeckOK ZPO/Wilske/Makert, § 1051, Rn. 3; Nueber, SchiedsVZ 2014, 186, 190; a.A. Hartenstein, TranspR 2010, 261, 264 f.; Mankowski, RIW 2011, 30, 31 ff.; Derselbe, in: FS von Hoffmann, 2011, 1012, 1025; Derselbe, in: FS Schütze, 2014, S. 369, 374; Derselbe, RIW 2011, 30, 44; Wagner, in: FS Schumann, 2001, S. 535 ff.; auch Aden, RIW 1997, 723, 726; McGuire, SchiedsVZ 2011, 257, 262; MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 22; unklar Zöller/Geimer, § 1051 ZPO, Rn. 1, zu Rn. 2; offen PG/Prütting, § 1051 ZPO, Rn. 6.

<sup>325</sup> Insbesondere Hartenstein, TranspR 2010, 261, 264 f.; Mankowski, RIW 2011, 30, 31 ff.; Derselbe, in: FS von Hoffmann, 2011, 1012, 1025; McGuire, SchiedsVZ 2011, 257, 262; unklar Zöller/Geimer Rn. 1 zu Rn. 2.

<sup>326</sup> Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 1676; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170 der den Bestimmungen der Rom I-VO die Wirkung einer „persuasive authority“ hinsichtlich § 1051 Abs. 2 ZPO einräumt; derselbe, EuZW 2008, 622, 623; ebenso Hausmann, in: FS Hoffmann, S. 971, 979; Reichold, in: Thomas/Putzo, § 1051 ZPO, Rn. 1, 2, wonach eine frei Rechtswahl zulässig ist, sich aber innerhalb der Grenzen der Art. 9, Art. 21 Rom I-VO zu halten hat; wohl auch MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 22, welcher eine generelle Anwendung ablehnen, allerdings einzelne (Schutz-)vorschriften als „besondere qualitative Schranken“ zur Anwendung bringen will.

### **c. Unmittelbare Anwendung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO in Schiedsverfahren ?**

Es schließt sich also die Frage an, ob die Rechtswahlbefugnis der Parteien eines Schiedsverfahrens ebenfalls durch die die Rechtswahlbefugnis der Parteien vor staatlichen Gerichten begrenzenden Vorschriften der Rom I-VO beschränkt ist, insbesondere jene des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO.

#### **aa. Ausschlussklausel des Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO**

Zunächst steht dem indes entgegen, dass Schieds- und Gerichtsstandvereinbarungen nach Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausdrücklich ausgenommen sind. Eine unmittelbare Anwendung der Verordnung auf Schiedsvereinbarungen müsste danach von vorne herein ausscheiden.

#### **bb. Einschränkende Auslegung der Ausschlussklausel des Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO**

Aus mehrerlei Aspekten erscheint es allerdings geboten, die Ausschlussklausel des Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO entgegen ihres Wortlauts dahin gehend restriktiv auszulegen, dass die Vorschriften der Rom I-VO zwar auf Schiedsvereinbarungen keine Anwendung finden sollen, dies in Bezug auf eine Rechtswahl aber nur eine Aussage hinsichtlich des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts, aber nicht hinsichtlich des in der Sache, also auf den Hauptvertrag, anwendbaren Rechts trifft.<sup>327</sup>

---

<sup>327</sup> Vgl. u.a. Pfeiffer, in: Graf v. Westphalen, Deutsches Recht im Wettbewerb, S. 179; Schmidt-Arendts/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267 ff; a. A. Grimm, SchiedsVZ 2012, 189, 190 f.



Eine solche restriktive Auslegung der Ausschlussklausel anzunehmen begründet sich auf europarechtlicher Ebene in systematischer und rechtsaktübergreifender Hinsicht.

Hierzu ist der Blick auf die Erwägungsgründe zur Rom I-VO sowie zur Rom II-VO<sup>328</sup> zu richten. Nach dem siebten Erwägungsgrund zur für den europäischen Wirtschaftsraum das für außervertragliche Schuldverhältnisse heute maßgebliche unionsrechtliche Kollisionsrecht setzenden Rom II-VO war es der Wille des EU-Gesetzgebers, dass der materielle Anwendungsbereich sowie die Bestimmungen der Verordnung mit den Instrumenten, die das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht zum Gegenstand haben, in Einklang stehen. Als solches Instrumentarium kommt anforderst die Rom I-VO in Betracht. Gleichsam stellt der siebte Erwägungsgrund zur Rom I-VO klar, dass auch deren materieller Anwendungsbereich mit dem der Rom II-VO in Einklang stehen sollte. Nach dem achten Erwägungsgrund zur Rom II-VO sollen deren Bestimmungen wiederum unabhängig der Art des angerufenen Gerichts, also auch für Schiedsgericht gelten.<sup>329</sup> Im Hinblick auf den Bereich außervertraglicher Schuldverhältnisse<sup>330</sup> genießen die Regelungen der Rom II-VO damit ausdrücklichen Anwendungsvorrang vor § 1051 ZPO.<sup>331</sup> Nun wiederum zugrunde gelegt, dass die Regelungen der Rom II-VO mit denen der Rom I-VO nach dem jeweiligen siebten Erwägungsgrund doch in Einklang stehen sollten, liegt es nahe, die aus dem achten Erwägungsgrund der Rom II-VO folgende Erwägung auch auf die Regelungen der Rom I-VO zu übertragen und auch den Regeln der Rom I-VO für deren sachlichen Anwendungsbereich der vertraglichen Schuldverhältnisse hinsichtlich der Frage des auf den

---

<sup>328</sup> Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

<sup>329</sup> Vgl. auch Gebauer/Wiedmann/Staudinger, Kapitel 38, Rn. 8.

<sup>330</sup> Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit hier insbesondere von Bedeutung Ansprüche aus culpa in contrahendo oder ungerechtfertigter Bereicherung, vgl. auch Nueber, SchiedsVZ 2014, 186, 189.

<sup>331</sup> So auch Wagner, IPRax 2008, 1, 3.

Hauptvertrag anwendbaren Rechts einen Anwendungsvorrang vor § 1051 ZPO beizumessen.<sup>332</sup>

Dem steht auch nicht entgegen, dass benannter siebter Erwägungsgrund zur Rom I-VO neben des Einklangs mit den Instrumenten der Rom I-VO auch einen solchen hinsichtlich der Verordnung (EG) 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I-VO) fordert. Denn auch wenn deren Art. 1 Abs. 2 d) die Schiedsgerichtsbarkeit wiederum von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt, kann daraus dennoch nicht der Schluss gezogen werden, dass diese auch gänzlich vom Anwendungsbereich der Rom I-VO wiederum ausgenommen sein sollten. Vielmehr muss aufgrund des weitaus engeren sachlichen und normensystematischen Zusammenhangs zwischen den kollisionsrechtlichen Rechtsakten der Rom I-VO und Rom II-VO das aus dem achten Erwägungsgrund zur Rom II-VO folgende Ergebnis vorliegend den Vorrang genießen.<sup>333</sup>

Schließlich bestätigt sich eine solche Auslegung auch mit Blick auf die in Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO ebenfalls dem Wortlaut nach vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommenen Gerichtsstandvereinbarungen. Bzgl. dieser ist keine Ansicht existent, die anders lautete, als dass sich die Ausnahme hier nur auf die Gerichtsstand“vereinbarung“ bezieht und nicht Fragen der Rechtsanwendung des anzurufenden staatlichen Gerichts erfasst.<sup>334</sup> Dies wäre freilich auch widersinnig, würde ein solches Verständnis doch einen ganz wesentlichen Regelungsinhalt der Rom I-VO von vorneherein von ihrem Anwendungsbereich ausnehmen. Demnach gebietet sich vorgenannte

---

<sup>332</sup> Vgl. auch Staudinger, in: Schulze, HK-BGB, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10; a.A. Saenger, § 1051 ZPO, Rn. 2.

<sup>333</sup> Vgl. Staudinger, in: Schulze, HK-BGB, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10; offen aber zugleich Rauscher/Staudinger, EuZPR, Bd. 1, Art. 1 Brüssel I-VO, Rn. 39; a.A. Rauscher/von Hein, EuZPR, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 40; Nueber, SchiedsVZ 2014, 186, 187, allerdings ohne weitere Begründung.

<sup>334</sup> Vgl. Mankowski, RIW 2011, 30, 31.

Auslegung auch aus systematischen Gesichtspunkten mit Blick innerhalb der Norm.

Mithin sprechen in systematischer Hinsicht nach hier vertretener Auffassung gewichtige Gründe dafür, die Ausschlussklausel des Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO im Wege restriktiver Auslegung auf die Schiedsvereinbarung und das auf diese anwendbare Recht (Vereinbarungsstatut<sup>335</sup>) zu beschränken<sup>336</sup>, nicht aber das Schiedsverfahrensrecht als Ganzes vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen, insbesondere nicht die Frage des im Rahmen einer Schiedsvereinbarung auf den Hauptvertrag anzuwendenden Rechts.

Damit ist allerdings aber auch nur gesagt, dass die Ausschlussklausel des Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO keine Aussage hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften der Rom I-VO bzgl. des auf den Hauptvertrag anzuwendenden Rechts trifft.

Eine Aussage wiederum hinsichtlich der Frage, ob die Vorschriften der Rom I-VO im Schiedsverfahren hinsichtlich der Wahl des auf den Hauptvertrag anwendbaren Rechts Anwendung finden, ist dem jedoch nicht zu entnehmen. Dies bleibt vielmehr hiernach offen.<sup>337</sup>

## **cc. Keine Bindung an die Regelungen der Rom I-VO bei der Rechtswahl im Schiedsverfahren**

### **(1) Gesetzesbegründung zu § 1051 ZPO**

Wenn eine Antwort auf diese Frage danach auf europarechtlicher Ebene offen bleibt, kann sich eine solche jedoch in rechtshistorischer Sicht über die Erwägungen der Gesetzesbegründung zu § 1051 ZPO finden lassen.

---

<sup>335</sup> Vgl. Staudinger, in: Schulze, HK-BGB, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10.

<sup>336</sup> a.A. Nueber, SchiedsVZ 2014, 186, 190; Grimm, SchiedsVZ 2012, 189, 190 f.

<sup>337</sup> Auch Schmidt-Ahrendts/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 269; Wegen, in: FS Kühne, 933, 938, 942.

Auch die Gesetzesbegründung zu § 1051 ZPO führt unter Berufung auf den Giuliano/Lagarde-Bericht zum EVÜ<sup>338</sup> zunächst aus, dass in dem Fall, in dem eine Schiedsklausel Bestandteil eines Vertrages ist, die Ausschlussregelung der mit Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO identischen Vorgängervorschrift des Art. 1 Abs. 2 d) EVÜ sich nur auf die Schiedsklausel selbst beziehe, indes nicht auf den Hauptvertrag und damit auch nicht auf die Frage des auf diesen anzuwendenden Rechts.<sup>339</sup> Auch auf der Ebene des nationalen Rechts bestätigt sich damit der in europarechtlichem Kontext bereits begründete Befund.

Aber auch die Gesetzesbegründung zu § 1051 ZPO trifft darin noch keine ausdrückliche Aussage zur Frage der Bindung der Schiedsparteien an die Grenzen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO bei Wahl des auf den Hauptvertrag anzuwendenden Rechts, sondern beschränkt sich ebenfalls darauf, die Ausschlussklausel des Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO auf das Vereinbarungsstatut zu begrenzen.

Allerdings fordert die Gesetzesbegründung zum geltenden § 1051 ZPO, dass § 1051 ZPO mit den Regelungen des EVÜ „in Einklang stehen“ sollte.<sup>340</sup> Weiterhin ist in der Einleitung zur Gesetzesbegründung hinsichtlich der Neufassung des § 1051 ZPO und der Frage des vom Schiedsgericht anzuwendenden materiellen Rechts ganz allgemein auch von einer Geltung der Art. 3 ff. EVÜ/Art. 27 ff. EGBGB a.F. die Rede.<sup>341</sup>

Dazu stellt die Gesetzesbegründung des Weiteren fest, dass die Bestimmungen des EVÜ national nur über die Umsetzung in den Art. 27 ff. EGBGB a.F. zur Geltung kommen sollten, allerdings auf völkerrechtlicher Ebene bindend und daher unabhängig davon auch auf nationaler Ebene unmittelbar zu beachten

---

<sup>338</sup> Giuliano/Lagarde, Bericht über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht v. 31.10.1980, C 282/4.

<sup>339</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5274, S. 52, linke Spalte, 3. Abschn.; vgl. auch Pfeiffer, in: Graf von Westphalen, Deutsches Recht im Wettbewerb, S. 179.

<sup>340</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 52, linke Spalte, 2. Abschn.

<sup>341</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5274, S. 27, linke Sp., 3. Abschn.

waren. All dies kann gleichsam und erst recht auf die Regelungen der Rom I-VO als Nachfolgervorschrift des EVÜ übertragen werden.<sup>342</sup>

Zweifelsohne mag sich bereits diesen Ausführungen eine Begründung dafür entnehmen lassen, auch im Schiedsverfahren nach deutschem Recht die Rechtswahl der Parteien an die Grenzen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO zu binden.

Zur Frage der Anwendung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist jedoch gleichsam eine Ausführung der Gesetzesbegründung an anderer Stelle bedeutsam. So findet sich in den Begründungen zur Neufassung des § 1051 ZPO nebst des Vorgenannten ausdrücklich auch die weitere Feststellung, wonach dortiger Vorrang der Art. 27 ff. EGBG a.F./ Art. 3 ff. EVÜ „wesentliche Bedeutung“ nur für die Vorschrift des § 1051 Abs. 2 ZPO haben sollte.<sup>343</sup> Diese regelt jedoch gerade den Fall, dass die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften gerade nicht bestimmt haben. Argumentum e contrario ließe sich danach doch wieder ein Anhaltspunkt finden, berechtigt zu unterstellen, dass der Vorrang der Rom I-VO wiederum nicht im Falle einer Rechtswahl nach § 1051 Abs. 1 ZPO eingreifen sollte, sondern gerade nur in Fällen ohne ausdrückliche Rechtswahl.

Es steht sich demnach gegenüber, dass die Gesetzesbegründung im einleitenden Teil zur Neufassung des 10. Buches der ZPO zunächst einen Vorrang der Regelungen des EVÜ/der Art. 27 ff. EGBGB a.F. und damit übertragen auch der Rom I-VO vor § 1051 ZPO annimmt, dies im Folgenden aber auf Fälle ohne Rechtswahl der Parteien zu reduzieren scheint. Problematisch bleibt demnach, inwieweit der Gesetzgeber auch von einer Anwendbarkeit des Art. 3 Rom I-VO auf § 1051 Abs. 1 ZPO ausging, wenn von einer „wesentlichen Bedeutung“ für § 1051 Abs. 2 ZPO die Rede ist.

Zu beachten ist diesbezüglich, dass die Gesetzesbegründung im Anschluss an vorgenannte Klarstellung, wonach der Vorrang der Art. 27 ff. EGBGB a.F. primär hinsichtlich des § 1051 Abs. 2 ZPO Geltung beanspruche, zu § 1051

---

<sup>342</sup> Vgl. bereits aaO. S. 64; vgl. zur grundsätzlichen Übertragbarkeit der Ausführungen der Gesetzesbegründung hinsichtlich des EVÜ auf die Rom I-VO auch Nueber, SchiedsVZ 2014, 186 ff.; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170 f.; Schmidt-Arendts/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 269; Schack, in: FS Schütze, S. 511, 515 f.; a.A. Hartenstein, TransportR 2010, 261, 265.

<sup>343</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 52, linke Spalte, 4. Abschn.

Abs. 1 ZPO weiter ausführt und hierbei verdeutlicht, dass dem kollisionsrechtlich unumstrittenen Vorrang der Privatautonomie durch die Regelung des § 1051 Abs.1 ZPO in besonderem Maße Rechnung getragen werden sollte.<sup>344</sup> Auch wenn sich die Gesetzesbegründung zur Frage des Vorranges der Art. 27 ff. EGBGB zu § 1051 Abs. 1 ZPO nach hier vertretener Auffassung demnach nicht ausdrücklich positioniert, lässt sich auch in dieser Hervorhebung der Bedeutung der Privatautonomie im Rahmen der Rechtswahl nach § 1051 Abs. 1 ZPO schließlich wiederum ein gewichtiges Indiz finden, dass dieser Grundsatz im Schiedsverfahren unberührt der Regelungen des EVÜ/ der Rom I-VO berechtigt Geltung beansprucht und Art. 3 Rom I-VO die Rechtswahl der Parteien nach § 1051 Abs. 1 ZPO nicht beschränkt.

Es muss jedoch zuzugestehen sein, dass es sich bei vorstehend Letzteren nur um Indizien handeln, gleichsam aber auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass der ausdrückliche benannte Vorrang der Art. 27 ff. EGBGB a.F./ Art. 3 ff. EVÜ auch auf die Vorschrift des § 1051 Abs. 1 ZPO hat wirken sollen. Die Frage ist mithin zu stellen, inwieweit und wie im Konkreten. Ausdrückliche Antworten dazu schuldet die Gesetzesbegründung demnach allerdings.

Zusammenfassend könnte sich mit der Gesetzesbegründung trotz Erkennens „gewichtiger Gründe“ für die Existenz eines Sonderkollisionsrechts im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit<sup>345</sup> dennoch den vor staatlichen Gerichten geltenden kollisionsrechtlichen Vorschriften eine Geltung auch im Schiedsverfahrensrecht zusprechen lassen.

---

<sup>344</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 52, rechte Spalte, 1. Abschn.

<sup>345</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 52, linke Spalte, 2. Abschn.

## **(2) Keine strukturelle Vergleichbarkeit des § 1051 ZPO mit für staatliche Gerichte geltendem Kollisionsrecht**

In weiter gehender Betrachtung kann nach hier vertretener Auffassung aber dennoch nicht anzunehmen sein, dass im Rahmen des § 1051 Abs. 1 ZPO für eine uneingeschränkte Rechtswahl ein Auslandsbezug erforderlich wäre und die diesbezüglichen Schranken der Rom I-VO Anwendung fänden.

Vielmehr zeigt sich in der geltenden Fassung des § 1051 Abs. 1 ZPO gerade selbst, dass der Gesetzgeber die Parteien eines Schiedsverfahren nicht an die für staatliche Gerichte geltenden kollisionsrechtlichen Grenzen hat binden wollen.<sup>346</sup>

Über vorgenannten Umstand, dass die Gesetzesbegründung zu § 1051 ZPO der dort erwähnten Bindung an die Regelungen des EVÜ bzw. der Rom I-VO ausdrücklich die wesentliche Bedeutung hinsichtlich § 1051 Abs. 2 ZPO beimisst, hinausgehend, lässt sich dies bereits damit begründet, dass schon die Fassung des § 1051 ZPO insgesamt selbst nicht unerheblich von den für die Spruchkörper der staatlichen Gerichtsbarkeit geltenden kollisionsrechtlichen Vorschriften abweicht.<sup>347</sup> So erlaubt die Vorschrift doch, wie ausgeführt, im Gegensatz zu den einschlägigen kollisionsrechtlichen Vorschriften für staatliche Gerichte, die Wählbarkeit nicht-staatlichen Rechts, die Wählbarkeit des anwendbaren IPR und nicht nur des materiellen Rechts als auch und insbesondere die Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung nach Billigkeit. Dies ist den Regelungen der Rom I-VO gänzlich systemfremd. Vielmehr untersagt die Rom I-VO gar die Wahl nichtstaatlichen Rechts, was im Schiedsverfahren indes Gang und gebe ist.<sup>348</sup> Dies widerspricht bereits einer Übertragung der für staatliche Gerichte geltenden kollisionsrechtlichen Einschränkungen auf die Rechtswahl der Parteien eines Schiedsverfahrens.

---

<sup>346</sup> Im Ergebnis auch Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170; Schmidt-Ahrendts/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 269 ff.

<sup>347</sup> Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170.

<sup>348</sup> Vgl. Schilf, RIW 2013, 678, 680 f.

Demnach ist des Weiteren entscheidend, dass es sich vielmehr bei § 1051 ZPO selbst um die bei deutschem Schiedsort maßgebliche Kollisionsnorm handelt.<sup>349</sup> Ausgehend von dessen Wortlaut lässt sich § 1051 Abs. 1 ZPO allerdings gerade keine Notwendigkeit eines Sachverhalts mit Auslandsbezug für die Zulässigkeit einer auch eine Abweichung von den zwingenden Bestimmungen des Einbettungsstatuts zulassenden Rechtswahl erkennen.

Insofern ein solcher Auslandsbezug von der Rechtsordnung an anderer Stelle in Tatbeständen IPR-rechtlicher Normen voraus gesetzt wird, findet dies aber regelmäßig seinen Niederschlag bereits in der entsprechenden Norm selbst. So fordert beispielsweise Art. 3 EGBGB zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der (neben der Rom I-VO für den Bereich des Vertragsrechts ergänzenden) IPR-rechtlichen Vorschriften des EGBGB ausdrücklich das Vorliegen von „Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat“. Wie eingangs ausgeführt sieht auch Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO den Anwendungsbereich für den Regelungsbereich der Verordnung erst bei Vorliegen eines Auslandsbezugs – „vertragliche Schuldverhältnisse, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen“ – dessen Vorgängervorschrift des Art. 1 Abs. 1 EVÜ ebenso, wonach gleichfalls galt: „(1) Die Vorschriften dieses Übereinkommens sind auf vertragliche Schuldverhältnisse bei Sachverhalten, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen, anzuwenden.“. Schließlich normierte wie aufgezeigt auch Art. 3 Abs. 3 EVÜ als Vorgängervorschrift des geltenden Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO das Vorliegen eines Auslandsbezugs für die Befugnis der Parteien zum Abweichen von zwingenden Vorschriften des ansonsten geltenden Einbettungsstatuts.

Demnach musste sich der Gesetzgeber dieser Normensystematik bei Schaffung des geltenden § 1051 Abs. 1 ZPO auch bewusst gewesen sein. So nehmen die Gesetzgebungsmaterialien zu § 1051 ZPO, wie an vorderer Stelle bereits ausgeführt, auch ausdrücklich Bezug auf die Vorschriften des EVÜ und führen eben aus, dass bei Neukonzeptionierung des § 1051 Abs. 1 ZPO hinsichtlich

---

<sup>349</sup> Zöller/Geimer, § 1051 ZPO, Rn. 2; Stein/Jonas/Schlosser, § 1051 ZPO, Rn. 1.



der Frage des von dem Schiedsgericht anzuwendenden materiellen Rechts darauf zu achten war, dass sie mit den Regelungen des EVÜ, insbesondere der Art. 3 ff. EVÜ, Art. 27 ff. EGBGB a.F. „in Einklang stehen“.<sup>350</sup> Zwar ließe sich darüber streiten, was diesem „in Einklang stehen“ im Einzelnen im Hinblick auf den Regelungsinhalt des § 1051 ZPO zu entnehmen sein mag. In jedem Fall - und dies wird durch den ausdrücklichen Verweis auf die Art. 3 ff. EVÜ - eben die Vorschriften, die einen Auslandsbezug für eine uneingeschränkte Rechtswahl ausdrücklich voraussetzen - in der Gesetzesbegründung nochmals deutlich, kann aber nicht anzunehmen sein, dass der Gesetzgeber das Erfordernis eines Auslandsbezugs für eine „uneingeschränkte“ Rechtswahl in § 1051 ZPO normieren wollte. Vielmehr muss aufgrund des damit belegten Bewusstseins der Gesetzgebungspraxis und der dennoch und in Kenntnis dessen folgenden Nichtaufnahme dieses Erfordernisses in den Wortlaut der Norm zu schlussfolgern sein, dass ein Auslandsbezug in § 1051 ZPO eben nicht als Voraussetzung einer uneingeschränkt zulässigen Rechtswahl gewollt war. Das Argument, dass IPR-rechtliche Vorschriften regelmäßig einen Auslandsbezug voraussetzen und dies daher auch in § 1051 ZPO der Fall sei, vermag demnach gerade nicht zu verfangen, da § 1051 ZPO eben nicht wie in anderen IPR-rechtlichen Vorschriften ausdrücklich vorgesehen, das Erfordernis eines Auslandsbezugs normiert.

Dabei ist schließlich zu beachten, dass es sich hierbei zwar um einen rechtshistorisch hergeleiteten Befund handelt, der in dem Zusammenspiel zwischen Art. 3 Abs. 3 EVÜ, § 27 EGBGB a.F. und § 1051 Abs. 1 ZPO gründet. Das Argument, dass dem ausdrücklichen Fehlen eines Auslandsbezugs im Tatbestand des § 1051 Abs. 1 ZPO die Schlussfolgerung zu entnehmen sein muss, dass der Gesetzgeber einen solchen eben nicht vorsehen wollte, geht dabei freilich von der nicht unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 3 EVÜ auf § 1051 Abs. 1 ZPO aus. Ansonsten wäre das Erfordernis des Auslandsbezugs auch im Rahmen des § 1051 Abs. 1 ZPO bereits aus der normenhierarchisch übergeordneten Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 EVÜ zu

---

<sup>350</sup> aaO. S. 99; BT-Drs. 13/5274, S. 52, linke Spalte, 2. Abschn.

fordern. Dies ist gerade nicht der Fall, da Art. 3 Abs. 3 EVÜ national jedoch eben nicht unmittelbar galt, sodass es einzig auf den Regelungsinhalt des § 1051 Abs. 1 ZPO selbst ankam. Allerdings ist auch nach Einführung der Rom I-VO kein anderes Ergebnis angezeigt, da sie, obwohl als Verordnung der Union über Art. 288 AEUV in den Mitgliedsstaaten unmittelbar geltendes Gesetzesrecht, die Frage der Eröffnung ihres sachlichen Anwendungsbereiches hinsichtlich des auf den Hauptvertrag anzuwendenden Rechts wie zuvor bereits festgestellt gerade offen lässt.<sup>351</sup>

### **(3) Bestätigung des Kommissionsentwurfs in der Normsetzung**

Dieses Ergebnis entspricht schließlich auch der Begründung der zur Entwurfsfassung des § 1051 Abs. 1 ZPO eingesetzten Kommission. Dabei gingen die Entwurfsverfasser des geltenden § 1051 Abs. 1 ZPO von einer Bindung der staatlichen Gerichte an Art. 27 ff. EGBGB und darüber die Vorschriften des EVÜ aus, nicht jedoch von einer Bindung internationaler Schiedsgerichte.<sup>352</sup> Zwar folgte der letztendliche Regierungsentwurf wie ausgeführt in seiner Begründung dieser Auffassung nicht ausdrücklich. Bezeichnender Weise entspricht die letztlich umgesetzte Fassung des geltenden § 1051 ZPO dennoch exakt dem Entwurf der Kommission, ohne dass der Regierungsentwurf hieran Änderungen vorgenommen hätte.

Auch dabei ist nochmals zu beachten, dass es sich bei dem EVÜ nicht um unmittelbar in den Mitgliedsstaaten geltendes Recht handelte; dieser „nur“ über die Umsetzungsvorschriften, Art. 27 ff. EGBGB a.F., in den Mitgliedstaaten anwendbar war. Bei Annahme einer vom Gesetzgeber gewollten Bindung der Parteien eines Schiedsverfahrens bei deren Rechtswahl an die Grenzen des Art.

---

<sup>351</sup> a.A. McGuire, SchiedsVZ 2011, 258, 263, wonach § 1051 ZPO gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sei, was jedoch verkennt, dass dies nicht geboten sein kann, wenn die Verordnung selbst offen lässt, ob sie auf das in Schiedsverfahren anwendbare Recht Anwendung zu finden hat.

<sup>352</sup> Vgl. Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts mit Diskussionsentwurf zur Neuregelung des zehnten Buches des ZPO, Februar 1994, S. 166 ff.; Schmidt-Ahrendts/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 269.

3 EVÜ bzw. §§ 38 ff. EGBGB a.F., erstaunt es daher abermals, dass Entsprechendes an keiner Stelle des 10. Buches der ZPO einen Niederschlag im Wortlaut der kodifizierten Vorschriften gefunden hat. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das 10. Buch der ZPO an anderer Stelle aber durchaus die Regelungstechnik des Verweises nutzt, was beispielhaft § 1061 Abs. 1 S. 1 ZPO zeigt.<sup>353</sup>

Zuzugestehen sein muss hierbei allerdings, dass der Kommissionsentwurf bei seiner vorstehenden Feststellung zur ausschließlichen Bindung staatlicher Gerichte an Art. 27 ff. EGBGB wohl primär von internationalen Schiedsverfahren ausging und unter Umständen der Annahme folgte, dass in internationalen Schiedsverfahren in der Regel das Verfahren nicht im Heimatland der Parteien stattfindet und dort häufig auch keine Hauptpflichten des Vertrages erfüllt werden. In solchen Fällen erscheint eine Anwendbarkeit des für Verfahren vor staatlichen Gerichten geschaffenen Kollisionsrechts dieses Drittstaats daher auch kaum für geboten.<sup>354</sup> So geht dieses zum einen doch von einem ganz anderen Regelsachverhalt aus. Zum anderen stehen die materiell-rechtlichen Vorschriften alleinig im Bezug zum Schiedsgegenstand, hinsichtlich dem nicht per se davon ausgegangen werden kann, dass die kollisionsrechtlichen Vorschriften des Schiedsortes Anwendung finden müssten, geschweige denn zu einer angemessenen, im Interesse der Parteien stehenden, Entscheidung führen würden.

#### **(4) Gesetzgeberisches Ziel**

Nicht unbeachtet darf daher bleiben, dass im vorliegenden Fall ein rein nationales Schiedsverfahren in Rede steht. Die Grundannahmen internationaler Schiedsverfahren – Schiedsort ist nicht Heimatort der Parteien und die

---

<sup>353</sup> Vgl. auch Handorn, Das Sonderkollisionsrecht der deutschen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, S. 73; Wegen, in: FS Kühne, 933, 937.

<sup>354</sup> Vgl. Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts mit Diskussionsentwurf zur Neuordnung des Zehnten Buches des ZPO, Februar 1994, S. 167; bereits Sandrock, RIW 1992, 785 ff.

vertraglichen Hauptpflichten sind auch nicht grundsätzlich dort zu erfüllen – greifen hier freilich nicht gleichermaßen.

Im Ergebnis müssen vorgenannte Argumentationen aber dennoch auch auf rein nationale Schiedsverfahren übertragen werden können, unterstellt man das gesetzgeberische Ziel der Reform des Zehnten Buches der ZPO, den Schiedsort Deutschland als Austragungsort internationaler Schiedsverfahren zu fördern und zugleich ein einheitliches Recht für alle, d.h. internationale als auch nationale Schiedsverfahren, zu schaffen.<sup>355</sup> Ohnehin wäre die Annahme des Erfordernisses eines Auslandsbezugs für die Zulässigkeit einer von zwingenden nationalen Rechts abweichenden Rechtswahl mit den Zielsetzungen des deutschen Schiedsverfahrensrechts – zur Stärkung des Schiedsortes Deutschland ein möglichst einfaches und überschaubares Regelungssystem zu schaffen – kaum vereinbar, würde dies doch zugleich durch die Vorgaben des nationalen Kollisionsrechts wieder eingeschränkt.<sup>356</sup>

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass den nationalen Gesetzgeber keine Verpflichtung trifft, die für staatliche Gerichte geschaffenen Bestimmungen der Rom I-VO auch für Schiedsgerichte zur Anwendung zu bringen, da es dem Ziel der Verordnung nicht entspricht, Vorgaben für die Rechtsprechung privater Schiedsgerichte zu setzen.<sup>357</sup>

## **(5) Gesetzesbegründung - kein verbindlicher Auslegungsmaßstab**

Dabei ist schließlich auch bedeutsam, dass die Gegenmeinung, wonach die Grenzen der Rom I-VO auch die maßgeblichen der Rechtswahl im Rahmen des § 1051 Abs. 1 ZPO statuieren, sich ausschließlich auf den (wie aufgezeigt ohnehin unklaren) betreffenden Wortlaut der Gesetzesbegründung beruft. Der

---

<sup>355</sup> Vgl. BT-Drs. 13/5274, S. 1.

<sup>356</sup> Musielak/Voit, § 1051 ZPO, Rn. 3.

<sup>357</sup> Vgl. auch Junker, in: FS Sandrock, 443, 454; Martiny, in: FS Schütze, 1999, S. 529, 533; Solomon, RIW 1997, 981, 989.

Gesetzesbegründung kommt aber, anders als der letztendlichen Umsetzung der Norm, keine Gesetzeskraft zu, auch ist sie nicht verbindlicher Auslegungsmaßstab.<sup>358</sup> Entscheidend ist vielmehr die ratio legis, nicht die ratio legislatoris.<sup>359</sup> Demnach hat vorrangig das Heranziehen des Willens des Gesetzgebers nach unstreitiger und ganz herrschender juristischer Methodenlehre stets die Orientierung am Wortlaut zu erfolgen und nur bei Unklarheiten kann ein Rückgriff auf andere Methoden zulässig sein.<sup>360</sup> Der Wortlaut des § 1051 Abs. 1 ZPO gebietet aber abermals und eindeutig gerade keinen Auslandsbezug. Der dennoch-Rückgriff auf die Gesetzesbegründung zur Begründung des Gegenteils erscheint daher nicht zuletzt rechtssystematisch problematisch.

## **(6) Bestätigung in rechtsvergleichender Hinsicht**

Abschließend bestätigt sich vorliegender Befund zudem auch in rechtsvergleichender Hinsicht. So folgt Entsprechendes beispielsweise auch der Vorschrift des Artikel 1054 Abs. 2 der holländischen Zivilprozessordnung, Artikel 46 Abs. 3 des englischen Gesetzes zur Schiedsgerichtsbarkeit, Artikel 1511 des neuen französischen Gesetzes zur Schiedsgerichtsbarkeit, sowie Artikel 834 Abs. 1 der italienischen Zivilprozessordnung. Auch damit zeigt sich zudem nochmals, dass nur die hier vertretene Ansicht effektiv dem gesetzgeberischen Ziel der Schiedsverfahrensnovelle zur Geltung verhilft, ein den internationalen Rahmenbedingungen angepasstes Recht zur Stärkung des Schiedsortes Deutschland zu schaffen.<sup>361</sup>

---

<sup>358</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.316.

<sup>359</sup> Zur hier vertretenen objektiven Theorie als auch zur subjektiven Gegenmeinung vgl. die umfassenden Ausführungen bei Wagner, in: FS Schuhmann, 535 ff.

<sup>360</sup> BVerfGE 1, 263, 264; auch BGH, NJW 1951, 922; Wagner, in: FS Schumann, 535, 545 m.w.N.

<sup>361</sup> Zum gesetzgeberischen Ziel BT-Drs 13/5274, S. 1; Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 659; Solomon, RIW 1997, 981, 989; Habscheid, JZ 1998, 445, 451.

## **(7) Zwischenfeststellung**

Diejenigen, die mit Blick auf die Gesetzesbegründung eine Bindung der Rechtswahl im Rahmen des § 1051 Abs. 1 ZPO an die Grenzen der Rom I-VO fordern<sup>362</sup>, werden sich daher zu Recht entgegenhalten lassen müssen, dass die im Regierungsentwurf geäußerte Berücksichtigung der Rechtswahlgrenzen der staatlichen Gerichtsbarkeit in der letztendlichen Fassung des § 1051 ZPO tatsächlich keinen Ausdruck gefunden hat, selbiger vielmehr den Parteien entgegen dem für die staatliche Gerichtsbarkeit geltenden Kollisionsrecht weitreichende Freiheiten einräumt.

Trotz des Umstandes, dass sich der Gesetzgeber bei Schaffung des geltenden § 1051 Abs. 1 ZPO also der Möglichkeit, der Notwendigkeit und der auch regelmäßigen Praxis einer ausdrücklichen Normierung eines Auslandsbezugs bewusst gewesen sein musste, verzichtete er dennoch bei § 1051 Abs. 1 ZPO darauf. Dadurch entspricht die verabschiedete Fassung des § 1051 Abs. 1 ZPO exakt dem Vorschlag des Kommissionsentwurfs, der aber ausdrücklich einen Auslandsbezug in § 1051 ZPO ablehnt und von einer Sonderrechtsentwicklung des Kollisionsrechts im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit ausging. Auch die Gesetzesbegründung zu § 1051 Abs. 1 ZPO gebietet nichts anderes, wollte man ihr überhaupt vorrangig des ausdrücklichen Wortlauts eine dementsprechende Bedeutung beimessen wollen. Vielmehr lassen sich ihr lediglich Hinweise darauf entnehmen, dass der Gesetzgeber von einem Vorrang des Art. 3 EVÜ/ Art. 3 Rom I-VO vor § 1051 Abs. 1 ZPO ausgegangen sein kann. Im Ergebnis lässt die Gesetzesbegründung die Frage wie aufgezeigt aber weitgehend offen. Zudem ist der Gesetzesbegründung die Einschränkung der wesentlichen Bedeutung einer solchen Bindungswirkung der EVÜ-/Rom I-VO-Vorschriften für das Schiedsverfahren maßgeblich hinsichtlich § 1051 Abs. 2 ZPO zu entnehmen. Zugleich soll aber der Privatautonomie in § 1051 Abs. 1 ZPO besondere Geltung verschafft werden. Schließlich sah auch der Gesetzgeber bei

---

<sup>362</sup> Insbesondere Hartenstein, TranspR 2010, 261, 264 f.; Mankowski, RIW 2011, 30, 31 ff.; derselbe, in: FS von Hoffmann, S. 1012, 1025, hier allerdings nicht mit Blick auf die Gesetzesbegründung zu § 1051 ZPO; unklar Zöller/Geimer Rn. 1 zu Rn. 2.

Schaffung des § 1051 Abs.1 ZPO „gewichtige Gründe“ für die Existenz eines Sonderkollisionsrechts im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit und damit gerade gegen eine Bindung der Parteien eines Schiedsverfahrens bei ihrer Rechtswahl an die Grenzen der Rom I-VO bzw. des EVÜ.

Da der Gesetzgeber die in der Gesetzesbegründung im Wesentlichen in Bezug auf § 1051 Abs. 2 ZPO gesetzte Bindungswirkung an die Regelungen der Rom I-VO/des EVÜ somit in der in Kraft getretenen Neufassung des § 1051 ZPO selbst nicht umsetzte, sondern § 1051 ZPO wie aufgezeigt in vielerlei Hinsicht von den vor staatlichen Gerichten geltenden kollisionsrechtlichen Vorschriften abweicht, ist insgesamt festzuhalten, dass zumindest für den Bereich der Rechtswahl der Parteien eines Schiedsverfahrens ein eigenes Kollisionsrecht unabhängig der Grenzen der Rom I-VO Geltung beanspruchen muss.<sup>363</sup>

Alleinig dieses Ergebnis berücksichtigt schließlich auch, dass das Erfordernis eines Auslandsbezugs in § 1051 Abs. 1 ZPO trotz des Fehlens im ausdrücklichen Wortlaut in § 1051 Abs. 1 ZPO hineinzulesen wollen, auch daher nicht geboten sein kann, da § 1051 ZPO strukturell nicht mit den vor staatlichen Gerichten geltenden Kollisionsnormen vergleichbar ist. Schließlich widerspräche das Erfordernis eines Auslandsbezugs in § 1051 Abs. 1 ZPO auch

---

<sup>363</sup> Vgl. auch Hausmann, in: FS f. Hoffmann, S. 971, 979; Pfeiffer, in: Graf v. Westphalen, Deutsches Recht im Wettbewerb – 20 Jahre internationaler Dialog, S. 188, 189; Derselbe, EuZW 2008, 622, 623, der den Regelungen der Rom I-VO im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit nur die Funktion einer „persuasiv authority“ zur Konkretisierung des Merkmals der engsten Verbindung in § 1051 Abs. 2 ZPO beimisst; ebenso Derselbe, NJW 2012, 1169 ff; für eine abschließende Regelung der Rechtswahlbefugnis in § 1051 ZPO und damit gegen eine Bindung an die Vorgaben der Rom I-VO ausdrücklich auch Schmidt-Ahrendts/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 269; a.A. Saenger, ZPO, § 1051, Rn. 1, der vor dem Hintergrund des § 1051 Abs. 4 ZPO eine Abkehr von der Geltung eines Sonderkollisionsrechts hin zu einer Geltung staatlichen Kollisionsrechts am Sitz des Schiedsverfahrens erkennen will, einen Vorrang der Art. 3 ff. Rom I-VO aber nur auf die Regelung des § 1051 Abs. 2 ZPO beschränkt sieht; Musielak/Voit, § 1051 ZPO, Rn. 3.; a.A. Mankowski, RIW 2011, 30, 31 ff; das abschließende höchst strittige Argument, dass sich ein solches Ergebnis auch rechtsdogmatisch aufgrund des Ermangelns einer natürlichen lex fori des Schiedsgerichtes stützen lässt, sei bewusst außen vor gelassen, entsprechend aber Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1170; Spiegel, Kartellprivatrecht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, S. 85; kritisch zu dieser „Gretchenfrage des internationalen Schiedsverfahrensrechts“ Sandrock, in: FS Stoll, 661 ff.; zur Lex Fori in internationalem Kontext vgl. umfassend Gentinetta, Die Lex Fori internationaler Handelsschiedsgerichte, S. 74 ff.

den Zielen der Reform des 10. Buches der ZPO und in diesem Zusammenhang insbesondere den vergleichbaren Normen anderer Rechtsordnungen.

#### **d. vermittelnde Ansichten zur Anwendung der Rom I-VO in Schiedsverfahren**

Zu einem anderen Ergebnis vermögen schließlich auch nicht die Vertreter der einleitend angeführten vermittelnden Ansichten zu führen. Derlei Ansätze gehen davon aus, die Parteien im Rahmen des § 1051 Abs. 1 ZPO zwar nicht unmittelbar an die Grenzen der Rom I-VO zu binden, die Wertungen der Verordnung aber zur Auslegung der Reichweite der Rechtswahl der Parteien heranzuziehen.<sup>364</sup>

Auch dies vermag nach hier vertretener Auffassung jedoch nicht zu überzeugen. Wollte man eine generelle unmittelbare Anwendung der Rom I-VO im Schiedsverfahren verneinen und dennoch die Rechtswahlfreiheit der Parteien an die Grenzen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO binden<sup>365</sup>, ließe sich eine solche Auffassung dogmatisch überzeugend doch nur über den Weg einer analogen Anwendung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO begründen.<sup>366</sup> Dafür maßgebliche Voraussetzung wäre jedoch das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke. Bei gleichzeitiger Anerkennung der Existenz eines Sonderkollisionsrechts für die Schiedsgerichtsbarkeit, von der eine solche Auffassung ausgehen muss, sonst bedürfte es ihrer aufgrund der sodann ohnehin folgenden unmittelbaren Anwendung der kollisionsrechtlichen Vorschriften der Rom I-VO nicht, ist eine solche aber gerade nicht zu begründen.<sup>367</sup> Vielmehr muss auch hier erneut das

---

<sup>364</sup> Vgl. MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 22; Reichold, in: Thomas/Putzo, § 1051 ZPO, Rn. 1, 2; wohl auch Lohmann, Parteiautonomie und UN-Kaufrecht, S. 102 ff.; ablehnend u.a. Kondring, RIW 2010, 184, 190; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 237; Solomon, RIW 1997, 981, 983, 989; Voit, JZ 1997, 120, 123; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 1676.

<sup>365</sup> So aber MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 22.

<sup>366</sup> im Ergebnis wohl auch MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 22.; vgl. auch Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 237; im Ergebnis wohl auch zustimmend Spellenberg, ZZP 2007, 382, 385 f.

<sup>367</sup> Zu Zweifeln an einer planwidrigen Regelungslücke vgl. bereits Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 237.



Argument verfangen, dass der Gesetzgeber trotz Kenntnis der Regelungen der Rom I-VO/des EVÜ bei Schaffung des § 1051 Abs. 1 ZPO auf eine ansonsten übliche ausdrückliche Normierung des Auslandsbezugs verzichtete.

Ansätze, die eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften der Rom I-VO auf § 1051 Abs. 1 ZPO ablehnen, aber dennoch eine Rechtswahl im Schiedsverfahren nur innerhalb der Grenzen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO zulassen, können daher gleichsam nicht überzeugen.

### **e. Zwischenfeststellung**

Demnach ist berechtigt davon auszugehen, dass es sich bei der Vorschrift des § 1051 ZPO um unabhängig und außerhalb der kollisionsrechtlichen Regelungen der Rom I-VO stehendes Sonderkollisionsrecht handelt, eine unmittelbare Anwendung der die Rechtswahl der Parteien einschränkenden Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO daher nicht in Betracht kommen kann.<sup>368</sup>

Damit kann weiterhin festgehalten werden, dass § 1051 Abs. 1 ZPO für die Zulässigkeit einer auch von zwingendem materiellem Recht abweichenden

---

<sup>368</sup> Vgl. auch MÜKO/Martiny, vor Art. 1 Rom I-VO, Rn. 61, 100; Musielak/Voit, § 1051 ZPO, Rn. 3; PWW/Weinrich, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 20; Saenger-ZPO, § 1051 ZPO, Rn. 1; BeckOK ZPO/Wilske/Makert, § 1051, Rn. 3; Hausmann, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 8.412 f; Reichold, in: Thomas/Putzo, § 1051 ZPO, Rn. 1; Lehmann, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, S. 433, 437 f.; Junker, in: FS Sandrock, 443, 450 ff., 463; Wegen, in: FS Kühne, 2009, 933, 936 f., 942; Kondring, RIW 2010, 184, 189; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 237; Schmidt-Ahrendts/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 269 f.; Hausmann, in: FS von Hoffmann, 2011, S. 971, 977-979; Pfeiffer, in: Graf von Westphalen (Hrsg.), Deutsches Recht im Wettbewerb, 2009, S. 178-181; Derselbe, EuZW 2008, 622, 623; Derselbe, NJW 2012, 1169, 1170 f.; Grimm, SchiedsVZ 2012, 189, 190 f.; Nueber, SchiedsVZ 2014, 186, 190; Solomon, RIW 1997, 981, 983; Voit, JZ 1997, 120, 123; Beulker, Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren, S. 225 ff.; Hoffmann/Stegemann, JuS 2013, 207, 210; Zobel, Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht, 2005, S. 18, 107; Moller, NZG 2000, 57, 68; wohl auch Martiny, in: FS Schütze, 1999, S. 529 ff.; Schlosser, in: Revision des EuGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht, 2000, S. 163, 198 f.; a.A. Hartenstein, TranspR 2010, 261, 264 f.; Mankowski, RIW 2011, 30, 31 ff.; Derselbe, in: FS von Hoffmann, 2011, 1012, 1025; Derselbe, RIW 2011, 30, 44; Wagner, in: FS Schumann, 2001, S. 535 ff.; auch Aden, RIW 1997, 723, 726; McGuire, SchiedsVZ 2011, 257, 262; MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 22; unklar Zöller/Geimer, Rn. 2.; offen PG/Prütting, § 1051 ZPO, Rn. 6.

Rechtswahl keinen Auslandsbezug fordert, ob selbst oder über die Vorschriften der Rom I-VO.

Ein Schiedsgericht mit Schiedsort in Deutschland ist daher hinsichtlich der Frage des anwendbaren Sachrechts alleinig an die Vorgaben des § 1051 Abs. 1 ZPO gebunden, der keinen Auslandsbezug für die Zulässigkeit der Abweichung von zwingendem nationalen Recht fordert. Es ist demnach zur Ausgangsfrage zurückkehrend festzuhalten, dass die Parteien eines Schiedsverfahrens bei ihrer Rechtswahl nicht an die Grenzen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO gebunden sind.<sup>369</sup>

## **f. Reichweite der Rechtswahlbefugnis des § 1051 Abs. 1 ZPO**

Fortsetzend folgt Vorgenanntem damit aber nur, dass die Parteien bei einer Rechtswahl nach § 1051 Abs. 1 ZPO nicht an die Grenzen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO gebunden sind und ein Abweichen von zwingendem Recht des ohne Rechtswahl geltenden Einbettungsstatuts einen Auslandsbezug nicht erfordert.

Dem folgt allerdings nicht notwendig, dass die den Parteien von § 1051 Abs. 1 ZPO eingeräumte Rechtswahlbefugnis eine Abwahl national zwingenden Rechts in reinen Inlandsfällen zugleich auch positiv ermöglicht. Es muss sich demnach die Frage anschließen, ob die Parteien eines Schiedsverfahrens in ihrer

---

<sup>369</sup> Mit zum Teil unterschiedlicher Argumentation im Ergebnis auch Grimm, SchiedsVZ 2012, 189, 190 f.; Hausmann, in: FS f. Hoffmann, S. 971, 979; Hausmann, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 8.412 f.; Klingel, Die Principles of European Law on Personal Security als neutrales Recht für internationale Bürgschaftsverträge, S. 33; Kondring, RIW 2010, 184, 189; M. Lehmann, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der gemeinsame Referenzrahmen, S. 433, 437 f.; MÜKO/Martiny, vor Art. 1 Rom I-VO, Rn. 100; Musielak/Voit, § 1051 ZPO, Rn. 3; Nueber, SchiedsVZ 2014, 186, 190; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 237; so wohl auch Pfeiffer, in: Graf v. Westphalen, Deutsches Recht im Wettbewerb – 20 Jahre internationaler Dialog, S. 178, 179, 189; Derselbe, EuZW 2008, 622, 623; Derselbe, NJW 2012, 1169, 1170; PWW/Weinrich, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 20; Saenger-ZPO, § 1051 ZPO, Rn. 1; Schmidt-Ahrendts/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 269; Solomon, RIW 1997, 981, 989; Voit, JZ 1997, 120, 123; Wegen, in: FS Kühne, 2009, 933, 942; BeckOK ZPO/Wilske/Makert, § 1051, Rn. 3; Kulpa, Das anwendbare Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren, S. 347; im Ergebnis auch Lepschy, Das anwendbare materielle Recht in internationalen Schiedsverfahren, S. 146, 147 f.; a.A. Hartenstein, TranspR 2010, 261, 264 f.; Mankowski, RIW 2011, 30, 31 ff.; Derselbe, in: FS von Hoffmann, 2011, 1012, 1025; McGuire, SchiedsVZ 2011, 257, 262; MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 22; unklar Zöller/Geimer, Rn. 2.

Rechtswahlfreiheit gänzlich unbeschränkt oder dabei doch unabhängig der kollisionsrechtlichen Regelungen der Rom I-VO gewissen Grenzen unterworfen sind. Weiteres liegt nicht nur mit Blick auf die Gesetzesbegründung nahe – „Dass eine solche Rechtswahl nicht völlig ohne Schranken zugelassen ist, versteht sich von selbst und braucht daher im Gesetzestext nicht besonders hervorgehoben werden.“<sup>370</sup> Es stellt sich also die Frage, ob und ggfs. welche weiteren Grenzen für die Rechtswahl der Parteien im Schiedsverfahren gelten und ob innerhalb solcher in reinen Inlandsfällen eine Abwahl der §§ 305 – 310 BGB tatsächlich zulässig sein kann.

#### **aa. Grenzen der Privatautonomie im Schiedsverfahrensrecht**

Untrennbar verbunden mit der Frage der Befugnis der Parteien eines Schiedsverfahrens zur Abwahl der §§ 305 – 310 BGB im Rahmen ihrer Rechtswahl nach § 1051 ZPO in reinen Inlandsfällen ist damit also eine ebenso generelle – und zwar die Frage der Reichweite der Privatautonomie im Schiedsverfahrensrecht.

Im nationalen Rechtsbereich ist die Privatautonomie Auswuchs des Grundsatzes der Vertragsfreiheit und dessen verfassungsrechtlicher Determination. Im internationalen Kontext bezieht die Privatautonomie ihre Quelle im Wesentlichen aus dem Völkervertragsrecht. So existiert für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit auch eine Vielzahl völkervertragsrechtlicher Quellen, deren Regelungen stets auf der Privatautonomie der Parteien in Bezug auf Verfahrensgestaltung und Rechtswahl gründen. Zugrunde gelegt wird hierbei regelmäßig das Verständnis des Begriffs der Privatautonomie im schiedsverfahrensrechtlichen Sinne. Danach versteht sich die Privatautonomie als elementarer Grundsatz des Schiedsverfahrensrechts<sup>371</sup> als die Befugnis der

---

<sup>370</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 52, rechte Spalte, 1. Abschn.

<sup>371</sup> Böckstiegel, in: FS Schütze, S. 141, 142; vgl. auch Nicklisch, RIW 1991, 89, 90, der bereits zu Beginn der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts einen Trend zur immer weiter gehenden Gewährung der Privatautonomie im Schiedsverfahrensrecht, insbesondere in internationalen Bauverträgen, feststellte; vgl. auch Maultzsch, in: FS von Hoffmann, 304, 305, der im

Parteien eines Schiedsverfahrens, innerhalb der Grenzen zwingend zu beachtender Vorschriften über jeden „Aspekt“ eines Schiedsverfahrens zu bestimmen.<sup>372</sup> Aus dem in der Privatautonomie zum Ausdruck gebrachten Bedürfnis eines jeden wirtschaftlichen Akteures über „Ob“ und „Wie“ der Eingehung vertraglicher Beziehungen zu anderen Personen und in diesem Zusammenhang auch über Aspekte der Erledigung evtl. daraus erwachsender Streitigkeiten, folgen auch Umstand und Notwendigkeit, dass zur heutigen Zeit nahezu allen nationalen Rechtsordnungen die Möglichkeit immanent ist, die Zuständigkeit staatlicher Gerichte durch Schiedsvereinbarungen oder Schiedsklauseln in Verträgen auszuschließen und den Parteien die Befugnis zur Bestimmung des von dem Schiedsgericht anzuwendenden Rechts einzuräumen.<sup>373</sup>

Trotz der Bedeutung der Privatautonomie für das Schiedsverfahrensrecht und der sich wohl aufzeigenden Entwicklung in der Rechtssetzung, der Wirtschaft zunehmend ein Maximum an Privatautonomie einzuräumen<sup>374</sup>, kann die Privatautonomie in keinem Rechtssystem grenzenlos gelten. Dies zeigt sich umfassend im nationalen Recht stets dann, wenn die Privatautonomie mit anderen gleich- bzw. höherwertigen Rechtsgrundsätzen, Schutzgütern oder Rechten Dritter zu kollidieren droht. Wesentliches Beispiel mag hierfür im deutschen Recht eben das Prinzip der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle sein. Aus gleichem Grund wird aber auch im der Privatautonomie demnach noch einen weit höheren Stellenwert einräumenden Schiedsverfahrensrecht diese nicht grenzenlos gelten können. Vielmehr wird es auch hier im Einzelfall immer wieder eines Korrektivs bedürfen.

Dass die Privatautonomie und damit die Rechtswahlbefugnis der Parteien nicht grenzenlos gelten kann, folgt daher wie ausgeführt auch bereits der

---

Schiedsverfahrensrecht die größte Reichweite privatautonomer Gestaltungsbefugnisse sieht; Silberman/Ferrari, in: Ferrari/Kröll, Conflict of Laws in International Arbitration, 257, 306.

<sup>372</sup> Vgl. Berger, RIW 1994, 12, 14; McGlendon/Goodman (Hrsg.), International Commercial Arbitration in New York, New York 1986, S. 3.

<sup>373</sup> Vgl. Böckstiegel, in: FS Schütze, S. 141, 142.

<sup>374</sup> So Böckstiegel, in: FS Schütze, S. 141, 143.

Gesetzesbegründung zu § 1051 ZPO selbst.<sup>375</sup> Schließlich dürfte eine grenzenlose Rechtswahlbefugnis vor dem Hintergrund, dass ein Schiedsgericht wie ein staatliches Gericht Recht spricht und daher auch der Bindung der Grundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG unterworfen sein muss<sup>376</sup>, kaum zu rechtfertigen sein.

## **bb. Beschränkung der Rechtswahlbefugnis durch Art. 20 Abs. 3 GG**

Eine gänzlich unbeschränkte Rechtswahlbefugnis der Parteien erscheint mithin bereits aus verfassungsrechtlicher Sicht fraglich. Vielmehr mutet es bereits wenig vereinbar an, räumte man den Parteien eines Schiedsverfahrens die Befugnis ein, ein gleich einem staatlichen Gericht und damit gemäß Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG der Bindung an Recht und Gesetz unterliegenden, Recht sprechendes Schiedsgericht, zu ermächtigen von eben solchem für es bindenden zwingenden Recht abzuweichen bzw. es in seiner Entscheidung gänzlich unberücksichtigt zu lassen.

Auch wenn ein Schiedsgericht keine öffentliche Gewalt ausübt, insbesondere keine Hoheitsakte setzen kann, spricht es doch gleichwohl materiell Recht<sup>377</sup> und kann sich daher einer Bindung an Recht und Gesetz nicht entziehen. Es ist daher sehr fraglich, ob einer Zulässigkeit einer Abwahl zwingenden nationalen Rechts in einem nationalen Schiedsverfahren nicht eine Bindung auch der Schiedsgerichte als neben den Gerichten der staatlichen Gerichtsbarkeit gleichberechtigte Spruchkörper an Recht und Gesetz entgegen steht und daher unabhängig der Rechtswahl der Parteien eine Bindung an zwingendes am Ort des Schiedsgerichts geltendes Recht resultieren muss. Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer Abwahl der §§ 305 - 310 BGB muss sich also auch auf verfassungsrechtlicher Ebene stellen.

---

<sup>375</sup> aaO. S 113.

<sup>376</sup> Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1171.

<sup>377</sup> BGH, NJW 1976, 109; BGH, NJW 1971, 139; BGH, NJW 1969, 750.

Der Begriff des „Gesetzes“ in Art. 20 Abs. 3 HS. 2 GG erfasst sämtliche formellen Gesetze, nationale aber u. a. auch unmittelbar anwendbares Recht der Europäischen Union.<sup>378</sup> Die „Rechtsprechung“ als Adressat der Bindung an Recht und Gesetz wiederum umfasst jede rechtsprechende Tätigkeit staatlicher Gerichte im Sinne der Art. 92 GG und fordert von ihnen Gesetzmäßigkeit, d.h. Einhaltung der Gesetze.<sup>379</sup> Die Rechtsprechung hat daher geltende Gesetze zu beachten und grundsätzlich auch anzuwenden.<sup>380</sup> Dieser Vorrang des Gesetzes<sup>381</sup> setzt selbstredend das Vorliegen eines Gesetzes voraus. Reichweite und Ausmaß der aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit für das Gericht bzgl. dieses Gesetzes resultierenden Bindung folgt letztlich wiederum der Bindungsfähigkeit der jeweiligen gesetzlichen Normen selbst.<sup>382</sup>

Dies zugrunde gelegt und berücksichtigt, dass die relevante einfach-gesetzliche Vorschrift des § 1051 Abs. 1 ZPO das Schiedsgericht beruft „in Übereinstimmung mit den von den Parteien als anwendbar erklärten Vorschriften zu entscheiden“<sup>383</sup>, folgt die Beantwortung der Frage, ob das Schiedsgericht an zwingendes nationales Recht gebunden ist, wiederum der Frage der Reichweite der Rechtswahlbefugnis der Parteien. Die Parteien bestimmen also selbst den Maßstab des für das Schiedsgericht geltenden Rechts und Gesetzes. Danach folgt, dass hiernach zentrale Frage nicht sein kann, ob das Schiedsgericht überhaupt an Recht und Gesetz gebunden ist, sondern eben, an welches es gebunden ist.<sup>384</sup>

Gegen eine Beschränkung der Rechtswahlbefugnis der Parteien und einhergehende Bindung des Schiedsgerichts an zwingendes Recht und als Argument für einen Befugnis zur Zulässigkeit einer solchen Rechtswahl in reinen Inlandsfällen lässt sich dem Folgend einwenden, dass die ZPO selbst

---

<sup>378</sup> Vgl. BVerfGE 75, 223, 233 ff.; BVerwGE 74, 241, 248 f.

<sup>379</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 GG, Rn. 71.

<sup>380</sup> BVerfGE 87, 273, 280; BVerfGE 96, 375, 394; Gusy, JuS 1983, 189, 191; derselbe, DÖV 1992, 461 ff.; Kirchhof, NJW 1986, 2275 ff.; Schmidt-Jortzig, NJW 1991, 2377 ff.

<sup>381</sup> BeckOK GG/Huster/Rux, Art. 20 GG, Rn. 169.

<sup>382</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Band II, Art. 20 GG, Rn. 92.

<sup>383</sup> Wozu Böckstiegel anmerkt, dass dadurch die Anwendung zwingenden nationalen Rechts nicht ausgeschlossen ist, vgl. SchiedsVZ 2009, 3, 6.

<sup>384</sup> Vgl. auch Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1171.

Regelungen für Fälle trifft, die sich „nur oder zumindest besser“ unter der Prämisse einer Abweichungsbefugnis von zwingenden inländischen Vorschriften erschließen lassen können.<sup>385</sup>

Von entscheidender Bedeutung ist hierbei die Regelung des § 1051 Abs. 3 ZPO.

## **cc. Befugnis zu Billigkeitsentscheidungen (§ 1051 Abs. 3 ZPO)**

Wie an vorderer Stelle bereits angeführt sieht § 1051 Abs. 3 ZPO eine Befugnis der Parteien vor, das Schiedsgericht zu einer Entscheidung nach Billigkeit zu ermächtigen. Damit gilt für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit bezeichnenderweise bereits etwas grundlegend anderes, als für den Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit, in dem eine Entscheidung nach Billigkeit bis auf einige wenige Ausnahmen (beispielhaft nur § 315 BGB, § 91 a Abs. 1 S. 1 ZPO<sup>386</sup>) nicht vorgesehen ist.<sup>387</sup>

Wie sich der Begriff der „Billigkeitsentscheidung“ definiert, ist trotz umfassender Kasuistik nach wie vor umstritten. Überzeugend erscheint ein definitorischer Ansatz, wonach eine Billigkeitsentscheidung als eine Beurteilung eines Falles nach natürlichem Gerechtigkeitsempfinden mit dem Ziel einer flexiblen Handhabung, insbesondere zur Milderung von Härten, die sich aus der Anwendung allgemeiner Rechtssätze ergeben können, zu verstehen ist.<sup>388</sup> Der Entscheidung dürfen weder willkürliche noch sachfremde Motive zugrunde gelegt werden.<sup>389</sup> Eine solche Entscheidung nach Billigkeit setzt stets eine ausdrückliche Ermächtigung durch beide Parteien voraus.<sup>390</sup> Wie ebenfalls ausgeführt fordert der Wortlaut der Vorschrift des § 1051 ZPO dafür einen

---

<sup>385</sup> So Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1171.

<sup>386</sup> Siehe MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 45 mit einer umfassenden Aufzählung.

<sup>387</sup> Vgl. MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 44.

<sup>388</sup> Vgl. Schulze, in: FS Kaissis, 875, 876.

<sup>389</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, § 315 BGB, Rn. 16.

<sup>390</sup> BGH, MDR 1986, 130; OLG München, SchiedsVZ 2005, 308, 309; fehlt eine ausdrückliche Ermächtigung soll das Schiedsgericht nach h.M. zu einer Rechtsentscheidung verpflichtet sein, vgl. Zöller/Geimer, § 1051 ZPO, Rn. 6; Mann, in: FS Flume I, S. 605; Stein/Jonas/Schlosser, § 1051 ZPO, Rn. 9; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 19, Rn. 14.

Auslandsbezug aber nicht<sup>391</sup> und eine entsprechende Einschränkung durch Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist ebenfalls und hier unstreitig nicht geboten. Zuzugeben ist sicherlich, dass auch § 1051 Abs. 1 ZPO ausdrücklich des Wortlauts ebenso keinen Auslandsbezug voraussetzt und auch dort wird ein solcher teilweise „hinein gelesen“. Allerdings besteht bei § 1051 Abs. 3 ZPO hierzu weder ein systematischer noch teleologisch vertretbarer Ansatz dazu. Es folgt also konsequent, dass eine Billigkeitsentscheidung auch in reinen Inlandsfällen zulässig ist. Mit der Regelung des § 1051 Abs. 3 ZPO wird eine Entscheidung nach Recht und Gesetz somit zwar als Regelfall vorgesehen<sup>392</sup> solange keine entsprechende Ermächtigung der Parteien an das Schiedsgericht zur Billigkeitsentscheidung besteht, zugleich aber eben auch bei Erfüllung dieses Ermächtigungserfordernisses eine Billigkeitsentscheidung in reinen Inlandsfällen als zulässig erkannt.<sup>393</sup>

Auch dem folgt allerdings nicht notwendigerweise, dass das Schiedsgericht bei einer solchen Billigkeitsentscheidung auch von zwingenden inländischen Rechtsvorschriften abzuweichen befugt ist.<sup>394</sup> Gleichfalls ist indes zumindest dem Wortlaut des § 1051 Abs. 3 ZPO auch keine Bindung an zwingendes Recht zu entnehmen. Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass es sich eben auch um zwingendes Recht handelt, welches eben zwingend ist, ohne dass es dafür in § 1051 ZPO noch einmal einer ausdrücklichen Erwähnung bedürfte.

Gegen eine Bindung eines deutschen Schiedsgerichts an zwingendes Recht bei einer Billigkeitsentscheidung spricht jedoch entschieden die Historie des § 1051 Abs. 3 ZPO. So wurde bereits aufgezeigt, dass nach dem Willen des bundedeutschen Gesetzgebers bei Schaffung des geltenden § 1051 ZPO weitgehend die Regelung des Art. 28 UNCITRAL-Modellgesetz übernommen werden sollte. Dieser sieht wiederum in seiner Originalfassung vor: „(3) The

---

<sup>391</sup> Vgl. auch OLG München, SchiedsVZ 2005, 308 ff.

<sup>392</sup> MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 44 m.V.a. BT-Drs. 13/5274, S. 53; OLG München, SchiedsVZ 2005, 308, 309.

<sup>393</sup> OLG München, SchiedsVZ 2005, 308 ff.; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1171; Lionett/Lionett, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, S. 371.

<sup>394</sup> Vgl. auch Sandrock, in: Böckstiegel, Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 21, 56 ff.



arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.” Es findet sich darin also zum einen eine Berechtigung des Schiedsgerichtes bei entsprechender Ermächtigung der Parteien nach Billigkeit zu entscheiden – ex aequo et bono – insoweit also identisch der Vorschrift des § 1051 Abs. 3 ZPO. Allerdings geht die Fassung des Modellgesetzes über die im nationalen Recht letztlich umgesetzte Fassung des § 1051 Abs. 3 ZPO hinaus. Neben einer Billigkeitsentscheidung „ex aequo et bono“ sind die Parteien danach auch befugt, das Schiedsgericht zu einer Entscheidung „amiable compositeur“ zu ermächtigen. Diese Unterscheidung ist keinesfalls unbeabsichtigt, geschweige denn unbeachtlich. Sie entspricht nach wie vor geltender Abgrenzung in der herrschenden Literatur<sup>395</sup> und stellt einen gewichtigen Unterschied dar.

Während das Schiedsgericht bei einer Entscheidung „ex aequo et bono“ unabhängig jeglichen positiven Rechts zu entscheiden befugt ist, ist es bei einer Entscheidung „amiable compositeur“ nur dann befugt, bei seiner Entscheidung von zwingenden Vorschriften abzuweichen, wenn deren Befolgung zu einer dem Zweck der Billigkeit entgegen stehenden, mithin unbilligen, ungerechten Entscheidung führen würde.<sup>396</sup> Die Entscheidung „amiable compositeur“ sieht mithin eine stärkere Bindung des Schiedsgerichts an zwingendes Recht vor. Bedeutsam ist dabei, dass eine solche Art der Ermächtigung des Schiedsgerichts regelmäßig allerdings einer ausdrücklichen Regelung bedarf, entsprechend sie sich auch in Art. 28 Abs. 3 UNCITRAL-Modellgesetz findet.<sup>397</sup> Fehlt eine entsprechende ausdrückliche „Einschränkung“, wird hingegen regelmäßig von

---

<sup>395</sup> Voser/Schramm, in: Trogger, Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, III. L. Rn. 59; Hellwig, RIW 1984, 421, 426; wohl auch Mankowski, in: FS von Hoffmann, 2011, S. 1012, 1024; a.A. MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 46, der, allerdings ohne weitere Begründung, nicht weiter differenziert; ebenso Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 95, der eine Entscheidung des Schiedsrichters, ob ex aequo et bono oder amiable compositeur, jedenfalls ohne Bindung an das Gesetz zulässt.

<sup>396</sup> Voser/Schramm, in: Trogger, Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, III. L. Rn. 60 m.w.N.; vgl. auch Glossner/Bredow/Bühler, Das Schiedsgericht in der Praxis, Rn. 25 f.

<sup>397</sup> Vgl. auch BeckOK ZPO/Wilske/Markert, § 1051, Rn. 12.2.

einer Billigkeitsentscheidung „ex aequo et bono“ auszugehen sein, das heißt zwar innerhalb der Grenzen des Ordre Public aber frei positiven Rechts.<sup>398</sup>

Zwar ist der zum Teil vertretenen Auffassung der Bindung des Schiedsgerichts an eine Billigkeitsentscheidung „amiable compositeur“ auch bei § 1051 Abs. 3 ZPO zugute zu halten, dass sie zweifelsohne eine bessere Kontrolle des Schiedsgerichts ermöglichen würde und auch vertretbar sein mag, dass der Gesetzgeber mit der Setzung von Recht und Gesetz doch bereits selbst eine Wertung von Billigkeit bzw. Unbilligkeit gibt, ohne diese Anknüpfung eine Billigkeitsentscheidung auch durchaus zu einer Willkür reichen kann. Es vermag dies dennoch nichts daran zu ändern, dass das deutsche Recht eine entsprechende „Einschränkung“ der Billigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts (zumindest im Rahmen des § 1051 Abs. 3 ZPO) schlicht nicht vorsieht.<sup>399</sup>

Trotz dessen, dass sich ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 1051 Abs. 3 ZPO dieser an Art. 28 Abs. 3 UNCITRAL-Modellgesetz orientieren sollte, sieht ersterer also eine entsprechende Differenzierung jedoch nicht vor, sondern beschränkt sich auf Billigkeitsentscheidungen allgemein. Zugrunde gelegt, dass nun eine solche Entscheidung „amiable compositeur“, die zu einer Beachtung auch zwingenden nationalen Rechts im Rahmen der Billigkeitsentscheidung verpflichtet, einer ausdrücklichen Regelung im Gesetzestext bedarf, diese jedoch und trotz des Umstandes einer entsprechenden Regelung in der Vorbildvorschrift des Art. 28 Abs. 3 UNCITRAL-Modellgesetz in § 1051 Abs. 3 ZPO nicht umgesetzt wurde, kann zusammenfassend nicht davon

---

<sup>398</sup> Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 1051 ZPO, Rn. 4; Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 684; Lionnet/Lionnet, Handbuch der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, S. 371; Stein/Jonas/Schlosser, § 1051 ZPO, Rn. 9; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 19, Rn. 14; Ritlewski, SchiedsVZ 2007, 130, 134; Sandrock, in: Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit 1988, 120, 131; Schmidt-Ahrens/Höttler, SchiedsVZ 2011, 267, 272; im Zusammenhang zu Art 5 Abs. 1 d. UNÜ im Ergebnis bereits Münzberg, Die Schranken der Privatvereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, S. 154.; vgl. auch Glossner/Bredow/Bühler, Das Schiedsgericht in der Praxis, Rn. 25 f.; a.A. MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 46.

<sup>399</sup> Vgl. auch Stauder, SchiedsVZ 2014, Rn. 287, 289.

ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber das Schiedsgericht bei seiner Billigkeitsentscheidung an zwingendes Recht binden wollte; im Gegenteil.

Neben Vorgenanntem streitet gegen eine Billigkeitsentscheidung unter gleichzeitiger Bindung an zwingendes Recht schließlich auch der Umstand, dass dies zu nicht unerheblichen Wertungswidersprüchen führen müsste, insbesondere unter der Feststellung, dass Billigkeitsentscheidungen auch in reinen Inlandsfällen zulässig sind.<sup>400</sup> Beispielhaft beweist sich dies an den vorliegend in Rede stehenden §§ 305 – 310 BGB. Vornehmlich der im deutschen AGB-Recht vorherrschende Grundsatz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion führt mit seiner Folge des in jedem Fall eintretenden ersatzlosen Wegfalls einer unwirksamen AGB-Klausel zu einer nicht unerheblichen Härte und Endgültigkeit, die es bei einer Billigkeitsentscheidung indes gerade zu vermeiden gelten wird.

Demnach ist weder dem Wortlaut noch der Gesetzgebungshistorie des § 1051 Abs. 3 ZPO eine Bindung des Schiedsgerichts bei seiner Billigkeitsentscheidung an zwingendes Recht zu entnehmen.<sup>401</sup> Vielmehr führte eine solche Bindung sogar zu Wertungswidersprüchen. Die Ermächtigung des Schiedsgerichts zur Billigkeitsentscheidung entbindet damit das Gericht von den Einschränkungen der Abs. 1 und 2 und stellt es insgesamt frei von der Beachtung der materiellen Vorschriften einer anzuknüpfenden nationalen Rechtsordnung.<sup>402</sup> Wenn das Schiedsgericht demnach gar bei Billigkeitsentscheidungen in reinen Inlandsfällen nicht an die Grenzen zwingenden nationalen Rechts gebunden ist, ist eine solche Bindung erst Recht nicht im Falle einer bewussten Abwahl entsprechender Normen durch die Parteien zu begründen.

Dies führt schließlich auch nicht zu untragbaren Ergebnisse, da auch im Rahmen einer Billigkeitsentscheidung das Schiedsgericht stets die aufgezeigte Grenze des Ordre Public sowie die von den Parteien doch weitgehend frei zu treffenden Regelungen des Vertrags (§ 1051 Abs. 4 ZPO) zu beachten hat.

---

<sup>400</sup> Vgl. auch Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1171.

<sup>401</sup> Vgl. im Ergebnis auch BeckOK ZPO/Wilske/Markert, § 1051, Rn. 12.2.

<sup>402</sup> Im Ergebnis ebenso MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 46.

## dd. Die Grenze des Ordre Public

Eine weitere Rechtfertigung der Reichweite der Rechtswahlbefugnis der Parteien eines Schiedsverfahrens auch zur Abwahl der zwingenden §§ 305 - 310 BGB in reinen Inlandsfällen kann sich der Regelung des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO entnehmen lassen. Wie bereits geschildert, kann danach ein Schiedsspruch aufgehoben werden, wenn das angerufene Gericht feststellt, „dass die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruchs zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung (Ordre Public) widerspricht“. Damit setzt die Rechtsordnung als grundsätzliche Grenze der Wirksamkeit eines Schiedsspruches bewusst erst die Einhaltung des Ordre Public. Bereits an dieser Stelle ist noch einmal vorauszusetzen und festzuhalten, dass eine Verletzung zwingenden nationalen Rechts nicht zugleich einen Verstoß gegen den nationalen Ordre Public darstellt. Unterstellte man dies, käme dem Schiedsgericht auch keine weitreichendere Bedeutung mehr zu, als die einer schlichten Vorinstanz.<sup>403</sup>

Vielmehr umfasst der deutsche Ordre Public beispielhaft und hier besonders bedeutsam wie bereits ausgeführt die §§ 305 – 310 BGB, insbesondere § 307 BGB, nach ganz herrschender Meinung nicht.<sup>404</sup> Dem Schiedsgericht wird damit in der Rechtsanwendung also eine weitere Freiheit eingeräumt, mit der sich eine gleichzeitige stetige Bindung des Schiedsgerichts an zwingendes nationales Recht rechtssystematisch nur schwerlich vereinbaren lassen würde. Zumindest wäre dann einmal mehr ein Niederschlag auch in § 1059 ZPO zu erwarten gewesen, wäre eine Bindung des Schiedsgerichts bei seiner Rechtsanwendung an zwingendes inländisches Recht (entsprechend dem Regelungskonzept des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO beispielsweise) gewollt.<sup>405</sup> Auch

---

<sup>403</sup> Vgl. BGH, SchiedsVZ 2014, 98, 99; BGH NJW 09, 1215; Musielak/Voit, § 1059 ZPO, Rn. 29; Zöller/Geimer, § 1059 ZPO, Rn. 74.

<sup>404</sup> Zu § 307 vgl. BGH, NJW 2009, 1215, 1216; Staudinger, in: Schulze, HK-BGB, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10; dies indes wohl beschränkt auf den Unternehmerverkehr; zur Kernbereich der §§ 305 – 310 BGB als Bestandteil des Ordre Public im Sinne des § 1059 ZPO bei Beteiligung von Verbrauchern vgl. EuGH, Urt. v. 06.10.2009, Rs. C-40/08 – Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Nogueira; dazu Hilbig, SchiedsVZ 2010, 74, 80.

<sup>405</sup> Vgl. auch Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1171.

an dieser Stelle muss argumentativ noch einmal hervorgehoben werden, dass der Gesetzgeber bei Novellierung der Schiedsverfahrensrechts ausweislich der Gesetzesbegründung das Ziel eines Einklangs der zu schaffenden Vorschriften mit den Regeln der Art. 3 ff. EVÜ/Art. 3 ff. Rom I-VO hatte.<sup>406</sup> Damit war dies nachweislich Ziel, ihm die von Art. 3 Abs. 3 EVÜ der Wirksamkeit der Rechtswahl gesetzte Grenze des Einbettungsstatuts, also zwingenden nationalen Rechts, bewusst und dennoch fand eine entsprechende Regelung keinen Niederschlag in der Neukonzeption des 10. Buches der deutschen ZPO.

Daher liegt auch hier aus diesem Grund jeder andere Schluss fern, als dass der bundesdeutsche Gesetzgeber nationale Schiedsgerichte in ihrer Rechtsanwendung eben nicht den Grenzen zwingenden nationalen Rechts unterwerfen wollte, eben gerade hierauf verzichtete und den Ordre Public als „letzten“ Wirksamkeitsmaßstab statuierte. Es muss zusammen fassend als auch aus diesem Grund nichts anderes als ein sehr gewichtiges Argument folgen, dass Schiedsgerichte in reinen Inlandssachverhalten eben nicht an zwingendes inländisches Recht gebunden, sondern zu einer davon abweichenden Rechtswahl befugt sind.<sup>407</sup>

## **ee. Strukturelle Gleichbehandlung nationaler und internationaler Schiedsverfahren**

Schließlich wird ein gewichtiges Argument dafür, dass Schiedsgerichte in reinen Inlandsfällen nicht an zwingendes inländisches Recht gebunden, sondern zu einer davon abweichenden Rechtswahl befugt sind, abermals dem zu entnehmen sein können, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des geltenden Schiedsverfahrensrecht im Jahre 1998 einen Gleichlauf der Regelungen nationaler und internationaler Schiedsverfahren zum Ziel hatte. So äußert der Regierungsentwurf hierzu wie ausgeführt ausdrücklich als gesetzgeberisches Ziel der Reform u.a. die Schaffung eines „einheitlichen Gesetzes für nationale

---

<sup>406</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 52, linke Sp.

<sup>407</sup> Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1171.

und internationale Schiedsverfahren“.<sup>408</sup> Daher gelten die damals geschaffenen Vorschriften des 10. Buches der ZPO gleichsam für internationale als auch für rein nationale Schiedsverfahren.<sup>409</sup> Dem folgt, dass somit auch § 1059 ZPO für Schiedssprüche eines inländischen Schiedsgerichts, welche aus rein nationalen Sachverhalten, als auch für solche, die aus internationalen Sachverhalten folgen, Geltung hat.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat dies zur Folge, dass auch in internationalen Schiedsverfahren die Wirksamkeitsgrenze eines Schiedsspruchs eines deutschen Schiedsgerichts im Rahmen des zuvor bezogenen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO der nationale Ordre Public (Ordre Public interne) setzt.<sup>410</sup> Berücksichtigt man die weiter gehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dahin gehend, dass zwischen Ordre Public interne und Ordre Public international (der im Rahmen von Vollstreckbarkeitsverfahren nach § 1061 ZPO den geltenden Maßstab bilden soll) allerdings ein weitgehender Gleichlauf bestehen und nur marginale Unterschiede existieren sollen<sup>411</sup>, mag ein grundsätzliches „Strukturprinzip“ für das Schiedsverfahrensrecht folgen, wonach sich im Rahmen von Aufhebungs- oder Vollstreckbarkeitsverfahren inländischer Schiedssprüche, ob in reinen Inlandsfällen oder in Fällen mit Auslandsbezug, die Wertungen der staatlichen Rechtsordnung und damit insbesondere deren zwingender Vorschriften in der Ordre Public-Kontrolle ergeben<sup>412</sup> aber auch in ihr erschöpfen müssen. Auch vor diesem Hintergrund kann berechtigt vertreten werden, dass der Gesetzgeber mit der Statuierung des nationalen Ordre Public – und damit nicht des zwingenden Rechts – eine strukturelle Grundentscheidung getroffen hat,

---

<sup>408</sup> BT-Drs. 13/5274, S. 25 f., linke Sp.

<sup>409</sup> Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1172; inländischer Schiedsort stets vorausgesetzt, s.o.

<sup>410</sup> BGH, NJW 2009, 1747; kritisch zur Rechtsprechungspraxis des BGH PG/Raeschke-Kessler, § 1059 ZPO, Rn. 51, 56.

<sup>411</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, 1215; ebenso Thomas/Putzo, § 1059 ZPO, Rn. 16; kritisch aber wohl zustimmend auch MÜKO/Münch, § 1059 ZPO, Rn. 43.

<sup>412</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1172, der von einer Beschränkung der „Wächterfunktion“ der staatlichen Rechtsordnung auf eine nur ausnahmsweise eingreifende Ordre Public-Kontrolle spricht.

wonach die Parteien bis zur Grenze des Ordre Public frei sind, das Schiedsverfahren zu bestimmen.<sup>413</sup>

Einer solchen Schlussfolgerung lassen sich zwar systematische Bedenken entgegenhalten. So ist freilich nicht zwingend, vorgenannten Schlussfolgerungen für Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsverfahren vor staatlichen Gerichten auch eine eben solche Aussage für das von dem Schiedsgericht bei bzw. auf dem Weg zur Entscheidung anzuwendende Recht zu entnehmen. Letztlich wird sich zuvor genanntes Argument der Setzung der Grenze des Ordre Public als Wirksamkeitsmaßstab eines von zwingendem inländischen Recht in reinen Inlandssachverhalten abweichenden Schiedsspruchs als auch das hiesige hinsichtlich des Gleichlaufs nationaler und internationaler Schiedsverfahren daher entgegen halten lassen müssen, dass der Setzung des Ordre Public als Wirksamkeitsmaßstab des Schiedsspruchs als auch der Gleichlauf der Schiedsverfahren nicht der zwingende Schluss entnommen werden kann, das Schiedsgericht sei nicht an zwingendes Recht gebunden, hätte man zuvor die Prämisse gestellt, bereits die Parteien des Schiedsverfahrens wären im Rahmen ihrer Rechtswahl den Grenzen zwingenden Rechts unterworfen. Mehr als ein Indiz hinsichtlich der Frage der Bindung des Schiedsgerichts an zwingendes Recht dürfte dem hier daher schwerlich abzugewinnen sein.

Dem wird man jedoch wiederum entgegenhalten können und müssen, dass die hieraus aufgezeigte Schlussfolgerung nicht determinierendes Argument sein soll, sondern nur noch einmal das bereits zuvor gefundene Ergebnis bestätigt, das sich unmittelbar aus § 1051 Abs. 1 ZPO selbst ergibt.

Daher streiten nach hier vertretener Auffassung in jedem Fall weit überwiegende Argumente dafür, dass Schiedsgerichte in reinen Inlandssachverhalten nicht an zwingendes Recht gebunden sind, versteht man sie nicht als Begründung dieser Annahme, sondern im Rahmen einer

---

<sup>413</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2010, 1169, 1172.

Gesamtschau als Bestätigung der bereits aus § 1051 Abs. 1 ZPO selbst folgenden Ergebnisses in systematischer und rechtsvergleichender Hinsicht.

## **ff. Verstoß aufgrund unzulässiger Gesetzesumgehung**

Dem muss sich schließlich jedoch die Frage anschließen, ob ein solches Ergebnis nicht zur Umgehung genereller und allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze führen kann. So kennt auch das Schiedsverfahrensrecht den Grundsatz der unzulässigen Gesetzesumgehung (*fraus legis*).<sup>414</sup> Unterstellt man, dass entsprechend vorgenannter Zwischenfeststellung die Abwahl zwingenden Rechts des Einbettungsstatuts auch in reinen Inlandsfällen zulässig sein kann, folgte dem doch zweifelsohne, zumindest für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit, eine Umgehung der Wertungen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO.

Dass in solcherlei Konstellationen Zweifel an der Wirksamkeit der entsprechenden Rechtswahlklausel bestehen können, stellte auch der Bundesgerichtshof in einer zu § 89b HGB ergangenen Entscheidung fest. Im *obiter dictum* führte er aus: in dem „Fall, dass zwei Deutsche mit Wohnsitz und Vermögen im Inland und ohne jeden Berührungspunkt zum Ausland zu Umgehungszwecken ihr Vertragsverhältnis einer ausländischen Rechtsordnung und einem ausschließlichen ausländischen Gerichtsstand unterstellen (...) ist der Revision zuzugeben, dass gegen die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung aus § 134 BGB erhebliche Bedenken bestehen würden.“<sup>415</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass es zum einen bis heute an einer ausdrücklichen entsprechenden Entscheidung des Gerichtshofs dazu ermangelt. Zum anderen betrafen vorgenannte Ausführungen den Fall einer Rechtswahl vor Gerichten der staatlichen Gerichtsbarkeit.

---

<sup>414</sup> Vgl. nur BeckOK BGB/Spickhoff, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 37.

<sup>415</sup> BGH, NJW 1961, 1061, 1062; zur Frage, ob die Anwendung eines den Ausgleichsanspruch ausschließenden ausländischen Rechts gegen den Ordre Public verstößt vgl. Maier, NJW 1958, 1327 ff..



Ob demnach unter dem Gesichtspunkt einer Gesetzesumgehung (*fraus legis*) einer Rechtswahl aber auch vor einem Schiedsgericht ganz oder teilweise die Wirksamkeit versagt werden kann, wird jedoch zweifelhaft erscheinen.<sup>416</sup> So wurde bereits festgestellt, dass hier eine von zwingendem nationalem Recht abweichende Rechtswahl, anders als vor Gerichten der staatlichen Gerichtsbarkeit, auch in reinen Inlandsfällen zulässig ist. Wenn der rechtliche Rahmen der Vorschriften der Rom I-VO dies aber zulässt, muss eine Einschränkung des Zulässigen wiederum über allgemeine, jedoch gesetzlich gerade nicht kodifizierte Rechtsgrundsätze vielmehr auf äußerste Ausnahmefälle beschränkt bleiben.<sup>417</sup>

Allgemein anerkannte zwingend notwendige Voraussetzungen an den Tatbestand einer solchen Gesetzesumgehung sind nach herrschender Literatur daher (1). das Bestehen eines umgangenen Rechtssatzes, (2). das Bestehen eines ergangenen Rechtssatzes, (3). das Vorliegen einer Umgehungshandlung sowie (4). das Vorliegen einer Umgehungsabsicht.

Mit der gänzlichen Abwahl der §§ 305 – 310 BGB ist vorliegend das Merkmal eines umgangenen Rechtssatzes und zugleich aufgrund des gesetzten normfreien Raums das eines ergangenen Rechtssatzes gegeben. Die weiterhin erforderliche Umgehungshandlung kann in der Kombination der Rechtswahl mit der Schiedsvereinbarung zu erblicken sein, die vorliegend zweifelsohne schließlich gerade in der Absicht der Umgehung der §§ 305 – 310 BGB liegt. Problematisch erscheint dabei aber, den Parteien in der Kombination der Abwahl der §§ 305 – 310 BGB mit der Schiedsvereinbarung eine Umgehungshandlung in diesem Sinne zu unterstellen, wenn zuvor festgestellt wurde, dass sich die Parteien damit im grundsätzlich zulässigen gesetzlichen Rahmen bewegen, doch allein die Frage des Erfordernisses eines Auslandsbezugs dafür unterschiedlich betrachtet werden kann. Selbst ließe man dies als Umgehungshandlung dennoch genügen, steht damit aber noch nicht fest, dass damit tatsächlich auch ein Fall einer vom Schiedsgericht als generelle

---

<sup>416</sup> Vgl. auch Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 34.

<sup>417</sup> BeckOK BGB/Spickhoff, Art 3 Rom I-VO, Rn. 37; vgl. auch Benecke, Gesetzesumgehung im Zivilrecht, S. 232.

Grenze der Rechtswahl der Parteien zu beachtende unzulässige Gesetzesumgehung vorliegt.<sup>418</sup> Vielmehr soll übereinstimmend zusätzlich zum Vorliegen vorstehender Tatbestandsmerkmale aufgrund der eingangs dargestellten Beschränkung der Anwendbarkeit des Grundsatzes des „fraus legis“ dafür schließlich auch stets eine „Überschreitung der Toleranzschwelle der Rechtsordnung“ zu fordern sein müssen.<sup>419</sup> Auch dagegen lässt sich im vorliegenden Fall aber einwenden, dass sich die Parteien doch im Rahmen der ihnen nach § 1051 ZPO gesetzlich zustehenden Reichweite der Rechtswahlbefugnis bewegen. Dadurch zugleich eine Überschreitung der Toleranzschwelle der Rechtsordnung zu erblicken, erschiene widersinnig. Schließlich sind die Parteien auch ohne die Annahme einer unzulässigen Gesetzesumgehung wie aufgezeigt auch in vorliegender Konstellation in genereller Betrachtung stets an die Einhaltung international zwingender Eingriffsnormen und den Ordre Public gebunden, sodass es vielmehr auch aus diesem Grunde eines Rückgriffs auf den Grundsatz des „fraus legis“ zur Vermeidung rechtsfreier Räume vorliegend nicht bedarf.

Schließlich vermag auch nur der Befund einer Ablehnung eines Verstoßes gegen den Grundsatz unzulässiger Gesetzesumgehung abermals bereits zuvor in Bezug genommene Ermächtigung des Schiedsgerichts, Entscheidungen allein nach Billigkeit zu treffen, zu bestätigen. Diese ausdrückliche Entscheidungsbefugnis, nach der das Schiedsgericht gänzlich ungeachtet zwingenden nationalen Rechts zu Entscheidung befugt ist, ließe sich mit einer gleichzeitigen Bindung des Schiedsgerichts zur Berücksichtigung einer Rechtswahl der Parteien nur bis zur Grenze des „fraus legis“ gleichsam nicht vereinbaren.<sup>420</sup>

---

<sup>418</sup> Zum Diskurs der Bindung eines Schiedsgerichts an international zwingende Eingriffsnormen vgl. bereits Drobnig, in: Festschrift für Kegel, 95, 111 ff..

<sup>419</sup> Ausführlich Kegel/Schurig, IPR, § 14 II, S. 478 f.

<sup>420</sup> Im Ergebnis auch Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 240.

## **g. Bestätigung in praktischer Hinsicht**

Da mangels Abbildung eines Auslandsbezugs im Wortlaut des § 1051 Abs. 1 ZPO berechnete Zweifel bestehen, dass ein angerufenes Schiedsgericht im Hinblick auf den bestehenden Meinungsstreit dennoch einen Auslandsbezug in § 1051 Abs. 1 ZPO fordern und damit vom Wortlaut abweichende Erfordernisse stellen würde, mag sich dieses Ergebnis nicht zuletzt auch in praktischer Hinsicht bestätigen. Aus diesem Grund muss die Forderung eines Auslandsbezugs für die uneingeschränkte Zulässigkeit einer Rechtswahl im Rahmen des § 1051 Abs. 1 ZPO abschließend auch als hinsichtlich seiner praktischen Wirksamkeit äußerst zweifelhaft erachtet werden.<sup>421</sup>

## **h. Zwischenergebnis**

Alledem folgt, dass die Parteien eines Schiedsverfahrens auch in reinen Inlandsfällen befugt sein müssen, die von dem Schiedsgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legenden Rechtsvorschriften frei zu bestimmen und dabei auch von zwingendem inländischen Recht abzuweichen, auch wenn kein originärer Auslandsbezug gegeben ist. Demnach kann eine privatautonome Vereinbarung zweier deutscher Unternehmer zur Wahl einer ausländischen Rechtsordnung unter gänzlichem Ausschluss deutschen Rechts als auch zur Wahl deutschen Rechts mit Ausnahme der §§ 305 - 310 BGB in einem reinen Inlandssachverhalt nach § 1051 ZPO wirksam möglich sein.<sup>422</sup>

Wenn damit belegt ist, dass die Parteien eines Schiedsverfahrens auch bei nationalem Schiedsort in singulärer Betrachtung befugt sind, das vom Schiedsgericht anzuwendende Recht frei zu wählen und dabei auch von zwingendem Recht abzuweichen, folgt dem aber noch nicht notwendigerweise,

---

<sup>421</sup> Vgl. auch Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 659; Pfeiffer, NJW 1999, 3674, 3678 m.w.N.; Solomon, RIW 1997, 981, 989, 990.

<sup>422</sup> Vgl. auch Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1171; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 240.

dass ein auf einer solchen Rechtswahl beruhender Schiedsspruch auch wirksam und vollstreckbar wäre.

Neben der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit einer entsprechenden Rechtswahl nach § 1051 Abs. 1 ZPO muss sich daher der vorgestellten Argumentation folgend stringent die Frage anschließen, ob trotz Möglichkeit der Parteien einer solchen Rechtswahl im Rahmen des § 1051 Abs. 1 ZPO, sich auf Rechtsfolgende ein darauf gestützter Schiedsspruch insbesondere nicht doch des Risikos einer Aufhebung wegen eines Verstoßes gegen den Ordre Public ausgesetzt sehen muss, ist dessen Einhaltung doch völlig unstrittig und in jedem Falle Grenze der Wirksamkeit des schließlichen Schiedsspruchs.

Auch wenn dies, wie aufgezeigt, nicht allein dem Umstand folgen kann, dass die Parteien in vorliegender Konstellation von den zwingenden §§ 305 – 310 BGB abweichen, sind diese doch nicht Bestandteil des Ordre Public, könnte ein Verstoß gegen denselben dennoch nicht auszuschließen sein, da das Schiedsgericht allgemein von zwingendem nationalen Recht abweicht. Dies könnte umso mehr wirken und seine Bedeutsamkeit erst auf Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsebene entfalten, da Normadressat hier schließlich auch nicht mehr das Schiedsgericht, sondern die staatliche Gerichtsbarkeit ist.

Wären die Parteien danach zu einer Wahl ausländischen Rechts oder deutschen Rechts mit Ausnahme der §§ 305 – 310 BGB zwar befugt, ein Schiedsspruch auf eine dem folgende Rechtsanwendung gestützt aber auf Ebene des Aufhebungsverfahrens nicht wirksam oder des Vollstreckungsverfahrens nicht vollstreckbar, wäre ihnen mit der dogmatischen Begründung der Möglichkeit einer solchen Rechtswahl freilich wenig geholfen. Dies zumal das angerufene Schiedsgericht die Rechtswahl aller Wahrscheinlichkeit nach selbst nur bis zur Grenze des Ordre Public-Verstoßes beachten würde.

### 3. Ordre Public-Kontrolle

Es muss sich also die Frage anschließen, ob ein Schiedsspruch in vorgenannter Konstellation der Ordre Public-Kontrolle standhalten würde.

#### a. Ordre Public-Kontrolle der Rechtswahlvereinbarung

Wie zuvor bereits ausgeführt, kann ein Schiedsspruch u.a. aufgehoben werden, wenn „dessen Anerkennung oder Vollstreckung zu einem Ergebnis führt, das der öffentlichen Ordnung widerspricht“, vgl. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO, d.h. in den hier im Fokus stehenden reinen Inlandsfällen gegen wesentliche Grundsätze deutschen Rechts. Wie ebenfalls bereits in Bezug genommen ist dabei stets zu beachten, dass sich das Vorliegen eines solchen Ordre Public-Verstoßes aber auf „extreme Ausnahmefälle“ beschränken soll.<sup>423</sup>

Dem Wortlaut folgend steht im Fokus mithin das Ergebnis des Schiedsspruchs. Begründung und Weg zum Schiedsspruch unterliegen somit keiner umfassenden Ordre Public-Kontrolle, sondern lediglich unter Ansatz eines abgeschwächten Maßstabs des „Ordre Public attenué“. <sup>424</sup> Bereits daraus mag gefolgert werden, dass eine Abweichung des bei inländischem Schiedsort angerufenen Schiedsgerichts von zwingendem inländischem Recht des Schiedsorts keinen Ordre Public-Verstoß darstellt. <sup>425</sup>

Für dieses Ergebnis geradezu beispielhaft sah der Bundesgerichtshof bei Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteil trotz eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Sittenwidrigkeit von Darlehensverträgen nicht zugleich auch einen Verstoß gegen den Ordre Public. Selbst wenn ein Schiedsspruch auf Regelungen einer ausländischen Schiedsordnung beruht, die der deutschen

---

<sup>423</sup> Vgl. BGH, SchiedsVZ 2014, 98; 2014, 151, 153; BeckOK ZPO/Wilske/Markert, § 1059, Rn. 63.

<sup>424</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1172.

<sup>425</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, 1215, 1216; BGH, NJW 1990, 3210; MÜKO/Münch, § 1059 ZPO, Rn. 41; BeckOK ZPO/Wilske/Markert, § 1059 ZPO, Rn. 60; Saenger, § 150 ZPO, Rn. 30 f.

grundverschieden ist, folgte dem danach nicht zwingend ein Verstoß gegen den deutschen Ordre Public.<sup>426</sup>

Wie bereits ausgeführt ist vielmehr erforderlich, dass durch Anerkennung oder Vollstreckbarkeit des in Rede stehenden Schiedsspruchs der Schuldner aufgrund einer „krassen strukturelle Unterlegenheit zum wehrlosen Objekt von Fremdbestimmung“ gemacht wird.<sup>427</sup> Wie § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO fordert, muss dazu die Norm, gegen die das Ergebnis des Schiedsspruchs verstößt, „Ausdruck einer für die Rechtsordnung grundlegenden Wertentscheidung des Gesetzgebers“ sein.<sup>428</sup> Auch an dieser Stelle ist nochmals hervorzuheben, dass nicht alle zwingenden Vorschriften einer Rechtsordnung gleichsam und im Automatismus derlei Ausdruck von grundlegenden Wertentscheidungen sind.<sup>429</sup> Nimmt man vielmehr in diesem Kontext ebenfalls in den Fokus, dass die §§ 305 – 310 BGB nach h.M. nicht zum deutschen Ordre Public zählen, wird man insgesamt berechtigt folgern müssen, dass singulär die Nichtanwendung der §§ 305 – 310 BGB durch das Schiedsgericht auch keinen Verstoß gegen den Ordre Public darstellen und daher die entsprechende Rechtswahl weder eine Aufhebung des Schiedsspruchs noch ein Vollstreckbarkeitshindernis gebieten kann.<sup>430</sup>

## **b. Ordre Public-Kontrolle des Ergebnisses**

Wenn somit die Rechtswahlvereinbarung als solche keinen Verstoß gegen den deutschen Ordre Public darstellt, ist damit jedoch noch nicht bestätigt, dass Anerkennung oder Vollstreckung eines auf solcher Grundlage ergangenen Schiedsspruchs nicht zu einem Ergebnis führen können, das einen Ordre Public-Verstoß darstellen könnte, auch wenn demnach die §§ 305 – 310 BGB,

---

<sup>426</sup> BGH, NJW 1986, 3027; bereits BGH, NJW 1968, 354; im Einzelnen dazu von Winterfeld, NJW 1987, 3059 ff.

<sup>427</sup> So BGH, NJW 1999, 2372.

<sup>428</sup> BGH, NJW 2009, 1215, 1216.

<sup>429</sup> BGH, SchiedsVZ 2014, 98, 99.

<sup>430</sup> Vgl. auch Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1172.

insbesondere die Vorschrift des § 307 BGB zur Inhaltskontrolle, nicht Bestandteil des nationalen Ordre Public sind.<sup>431</sup>

Es ist folglich vorgenannter ergebnisbezogener Wirksamkeitsmaßstab ins Licht der Bearbeitung zu rücken. Freilich kann es dabei nur um Hypothesen gehen, ist das Ergebnis der Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs bis auf die hier wesentliche Einheitlichkeit der Rechtswahlabrede doch stets vom im Weiteren zugrunde liegende Einzelfall abhängig. Es stellt sich aber die Frage, ob sich nicht allgemein gültige Beurteilungsgrundlagen zur Frage des Ordre Public-Verstoßes des Ergebnisses finden lassen.

Wie auch zuvor bei Prüfung der Rechtswahlvereinbarung als solcher ist auch hier vorausgesetzt, dass ein Verstoß gegen den Ordre Public aufgrund Abweichungen von zwingenden innerstaatlichen Normen nur dann gegeben sein kann, wenn dadurch Grundlagen staatlichen oder wirtschaftlichen Zusammenlebens oder grundlegende Wertungen der Rechtsordnung missachtet werden<sup>432</sup> – also ein nicht unwesentlicher Verstoß gegen die „materielle Gerechtigkeit“ vorliegt.<sup>433</sup> Wie ebenfalls bereits ausgeführt, können zur Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs und damit auch als Maßstab eines Verstoßes gegen diese Wertungen vornehmlich die Grundrechte heran gezogen werden.<sup>434</sup>

Für den hier im Vordergrund stehenden Bereich des Vertragsrechts schließt sich dem die Frage an, bei Abweichung von welchen zwingenden Vorschriften ein Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit folgt und damit, welchen Wirksamkeitsmaßstab die Ordre Public-Kontrolle des Ergebnisses im

---

<sup>431</sup> Bereits aaO., auch BGH, NJW 2009, 1215, 1216; Staudinger, in: Schulze, HK-BGB, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10.

<sup>432</sup> BGH, NJW 2009, 1215, 1216; OLG Frankfurt a. M., SchiedsVZ 2006, 219, 223; OLG Dresden, SchiedsVZ 2005, 210, 211; Saenger, § 1059 ZPO, Rn. 30; Kröll, NJW 2007, 743, 748; MÜKO/Münch, § 1059 ZPO, Rn. 41; Musielak/Voit, § 1059 ZPO, Rn. 29; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 24 Rn. 37 f.; Stein/Jonas/Schlosser, § 1059 ZPO, Rn. 24 i.V. mit Anh. § 1061, Rn. 135; Zöller/Geimer, § 1059 ZPO, Rn. 55 ff.; zur europarechtlichen Rechtsprechung beispielsweise EuGH, NJW 2000, 1853, Rn. 37.

<sup>433</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, 1215, 1216; BGH, NJW 1990, 3210; OLG Frankfurt am Main, SchiedsVZ 2006, 219; OLG Saarbrücken, SchiedsVZ 2007, 323; OLG Dresden, SchiedsVZ 2005, 210; MÜKO/Münch, § 1059 ZPO, Rn. 41; BeckOK ZPO/Wilske/Markert, § 1059 ZPO, Rn. 60; Saenger, § 1051 ZPO, Rn. 30 f..

<sup>434</sup> BVerfG, BeckRS 2006, 28214, Rn. 5; OLG Frankfurt am Main, SchiedsVZ 2006, 219, 223.

Vertragsrecht stellt. In welchen vertragsrechtlichen Rechtsgrundsätzen und Regelungen findet die materielle Gerechtigkeit also ihren Ausdruck?

Im vorliegenden Fall läge nichts näher, als anforderst in Frage zu stellen, ob es sich bei dem AGB-Recht der §§ 305 – 310 BGB um solches zwingendes Recht handelt. Das AGB-Recht in seiner Gesamtheit soll wie ausgeführt aber gerade nicht darunter fallen.<sup>435</sup>

Zur Beantwortung der Frage, bei Abweichung von welchen zwingenden Vorschriften des Vertragsrechts ein Verstoß gegen den Ordre Public anzunehmen sein kann, lässt sich mithin auch hier auf die Wertungen der Grundrechte zurück greifen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt in diesem Kontext im Bereich des Vertragsrechts insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG das Erfordernis des Schutzes der Privatautonomie. Ein Verstoß gegen die materielle Gerechtigkeit kommt im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs demnach insbesondere bei einer Missachtung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit in Betracht.<sup>436</sup> Dies folgt der Grundbedingung, dass die verfassungsrechtlich gewährleistete Privatautonomie nur so lange und soweit gilt, wie die aus ihr getroffene Entscheidung auch tatsächlich Folge der Privatautonomie ist. Bei einem fehlenden Kräftegleichgewicht der Parteien ist dies gerade nicht der Fall, denn dort vermag die Privatautonomie nicht mehr von selbst einen sachgerechten Interessenausgleich zu gewährleisten.<sup>437</sup>

Dem wiederum lässt sich als Grundsatz folgern, dass eine vertragliche Vereinbarung trotz privatautonomen Abschlusses dann also nicht mehr der „materiellen Gerechtigkeit“ entspricht und demnach nicht mehr wirksam ist, wenn sie dennoch nicht (mehr) Ausdruck der freien Selbstbestimmung der Parteien ist und zu für die „unterlegene“ Partei unter Vertragsgerechtigkeitsgesichtspunkten nachteiligen Folgen führt. Zusammenfassend wird demnach ein Ordre Public-Verstoß immer dann anzunehmen sein,

---

<sup>435</sup> Wiederholt aaO., vgl. auch Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173.

<sup>436</sup> Vgl. u.a. BVerfG, NZA 1990, 389 ff..

<sup>437</sup> BVerfG, NZA 1990, 389, 390.



wenn ein Schiedsgericht in solchen Fällen dennoch von der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung ausgeht.<sup>438</sup>

Maßstab für einen Ordre Public-Verstoß ist damit das Maß der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit im Rechtsverkehr. Um zur ergebnisbezogenen Betrachtung der Ordre Public-Kontrolle des Schiedsspruchs zurückzukehren wird man Vorgenanntes dahin zusammen fassen können, dass bzgl. des Vertragsinhaltes ein Ordre Public-Verstoß im Sinne des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO immer dann vorliegen wird, wenn der Schiedsspruch die im Streit unterlegene Vertragspartei zur Erfüllung eines offensichtlich sittenwidrigen Vertrags oder zur Vornahme einer offensichtlich sittenwidrigen Handlung verurteilen würde.<sup>439</sup>

Zutreffend dürften bei einer Nichtanwendung der §§ 305 – 310 BGB durch ein Schiedsgericht in Folge deren Anwendbarkeit ausschließender Rechtswahl solche Folgen aber kaum zu befürchten sein.<sup>440</sup> So folgt der Nichtanwendung der §§ 305 - 310 BGB auf ein Vertragswerk doch nicht der gänzliche Wegfall jedweder Rechtmäßigkeitskontrolle. Vielmehr muss sich auch bei einer Abwahl der §§ 305 – 310 BGB jeder Schiedsspruch nach deutschem Recht dem dann ohnehin und stets eingreifenden Wirksamkeitsmaßstab der stets geltenden zivilrechtlichen Generalklauseln, maßgeblich der Gebote von Sittenwidrigkeit, Billigkeit und Treu und Glauben stellen.<sup>441</sup> Damit kann im Ergebnis allein die Abwahl der §§ 305 ff. BGB unter Zugrundelegung vorgenannter Maßstäbe einer maßvollen und sachgerechten Kontrolle der Vertragsgerechtigkeit über die §§ 137, 242 BGB nicht zu einem den Schutz der individuellen Entscheidungsfreiheit unbeachtet lassenden Schiedsspruch und damit letztlich auch nicht zu einem Ordre Public-Verstoß eines solchen führen.

Dennoch wird zum Teil vertreten, dass ein solches Ergebnis „Fundamentalprinzipien“ der Rom I-VO außer Acht lasse<sup>442</sup>, über die sich ein

---

<sup>438</sup> So Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173.

<sup>439</sup> Vgl. BayObLG, SchiedsVZ 2004, 319, 320.

<sup>440</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173.

<sup>441</sup> Vgl. auch BVerfG, NZA 1990, 389, 390.

<sup>442</sup> Vgl. Staudinger, in: Schulze, HK-BGB, Art. 1 Rom I-VO, Rn. 10.

staatliches Gericht bei Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs nicht hinweg setzen dürfe. Dies greift allerdings zu kurz. So muss jene Auffassung bereits fehlen, wenn sie sich damit begründen will, dass zur öffentlichen Ordnung eines jeden Mitgliedsstaates der Union auch die unmittelbaren Bestimmungen des Primärrechts zählen und folglich auch die Rom I-VO, handelt es sich bei dieser doch um einen Rechtsakt auf sekundärrechtlicher Ebene. Beizupflichten ist jedoch, dass das staatliche Gericht im Rahmen seiner Entscheidung auch Rechtsakte auf Verordnungsebene zu berücksichtigen hat, allerdings nur, wenn sie eben dem nationalen oder internationalen Ordre Public unterfallen. Dies ist bei den Regelungen der Rom I-VO schwerlich pauschal festzustellen. Im vorliegenden Fall wird es letztlich erneut darauf ankommen, ob Anerkennung bzw. Vollstreckung eines Schiedsspruchs gegen die in Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO zum Ausdruck gebrachten Grundsätze zu verstoßen geeignet sind. Gerade dies wird aber nicht der Fall sein können, wenn zuvor bereits festgestellt wurde, dass Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO die Rechtswahl der Parteien nicht beschränkt und weder die Abwahl der zwingenden §§ 305 – 310 BGB noch das Ergebnis der Abwahl einen Verstoß gegen den Ordre Public darstellt, zählen diese doch gerade nicht zum Ordre Public.

Schließlich muss auch die Bedeutung des von den Vertretern dieser Auffassung weiter bemühten Verweises auf die Bestimmungen der Klausel- und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie offen bleiben. Zwar hat das im Rahmen des Aufhebungs- oder Vollstreckbarkeitsverfahrens angerufene Gericht diese nach wohl h.M. zu berücksichtigen<sup>443</sup> und dies gar im nationalen Ordre Public<sup>444</sup>. Allerdings kann diese als reines verbraucherschutzrechtliches Regelungswerk im vorliegenden reinen Unternehmerverkehr nicht den Kontrollmaßstab eines Ordre Public Verstoßes darstellen. Vielmehr wird die Berücksichtigung der Maßgaben der Klausel- und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in einschlägigen Fällen unter Beteiligung von Verbrauchern erst recht gegen einen Ordre Public-Verstoß eines Schiedsspruchs, der unter Abwahl der §§ 305 – 310 BGB von einem deutschen Schiedsgericht getroffen wurde, sprechen, bleibt doch der

---

<sup>443</sup> Vgl. nur EuGH, NJW 2007, 135.

<sup>444</sup> Musielak/Voit, § 1059 ZPO, Rn. 29 m.w.N.

verstärkt in den Fokus des Regelungsinhalts der §§ 305 – 310 BGB tretende Verbraucherschutz innerhalb seiner Anwendungsfälle in jedem Fall gewahrt.

### **c. Zwischenfeststellung**

Auch in ergebnisbezogener Betrachtung ist somit bei Abwahl der §§ 305 - 310 BGB kein zwingender Verstoß gegen den Ordre Public und damit gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO zu befürchten.

Dadurch wird schließlich auch der Auffassung eine Absage erteilt, die den Weg der Umgehung der §§ 305 – 310 BGB im Wege einer Schiedsvereinbarung vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 20.03.2014<sup>445</sup> ablehnt.<sup>446</sup> Dort hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass das Kriterium des individuellen Aushandelns eines Formularvertrags nicht im Wege einer Bestätigungsklausel erfüllt werden kann, wonach die Parteien bestätigen, dass der Vertragsinhalt individuell ausgehandelt wurde, selbst wenn die Parteien diese Bestätigungsklausel tatsächlich als Individualabrede trafen, woraus eine Grundaussage gezogen werden können sollte, dass die Privatautonomie den Parteien nicht ermöglicht, von zwingendem Recht abzuweichen.

Lediglich *colorandi causa* wird sich schließlich der Gedanke erlaubt sein müssen, ob nicht allein der eingangs skizzierte Diskurs um die Rechtfertigung der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr bereits dagegen sprechen kann, dass eine Abwahl dieser Vorschriften in privatautonomem Konsens zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar wäre.

---

<sup>445</sup> BGH, NJW 2014, 1725 ff.

<sup>446</sup> Vgl. die Ausführungen von Kaufhold, NJW 2014, 3488, 3489.

#### **4. Folge für das „Problem des individuellen Aushandelns“**

Dies wiederum hat zur Folge, dass dem eingangs dargestellten elementaren Problem des AGB-Rechts in Bezug auf die Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs – den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung an das „individuelle Aushandeln“ im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB – begegnet werden kann, wird bei Abwahl der §§ 305 - 310 BGB dieser durch die Rechtsprechung für die Vertragspraxis weit ausgedehnte Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle doch weder über §§ 137, 242 BGB noch über die Ordre Public-Kontrolle des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO zur Geltung kommen können.<sup>447</sup>

#### **5. Folgen für das „Problem der Rechtmäßigkeit von Haftungsbegrenzungsklauseln“**

Gleichfalls wird dem zweiten großen Problem des AGB-Rechts de lege lata im unternehmerischen Geschäftsverkehr – die Unzulässigkeit formularmäßiger Haftungsbegrenzungsklauseln insbesondere für den Bereich der groben Fahrlässigkeit – damit zu begegnen sein können. Bei Wahl eines ausländischen Rechts obliegt den Parteien die freie Wahl eines dies Zulassenden. Bei Abwahl der §§ 305 – 310 BGB und übriger Geltung deutschen Rechts lässt gleichsam der dann geltende Kontrollmaßstab des § 242 BGB eine solche Haftungsbegrenzung im Gegensatz zu dem der §§ 305 – 310 BGB grundsätzlich in angemessenen Grenzen zu<sup>448</sup> und sieht eine Unwirksamkeit nur in Fällen gegeben, in denen das Berufen des Verwenders auf eine Freizeichnungs- bzw. Begrenzungsklausel im Hinblick auf seine vertraglichen Pflichten widersprüchlich wäre oder zu einem völligen Leerlaufen seiner Leistungsversprechen führen würde – beispielhaft entschieden für den Fall der Berufung auf eine Haftungsfreizeichnung bei gleichzeitiger vertraglicher

---

<sup>447</sup> Vgl. ausführlich dazu auch Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173.

<sup>448</sup> Vgl. BGH, NJW 1968, 588; BGH NJW 1969, 1903.

unbegrenzter Zusicherung einer Eigenschaft der betreffenden Sache<sup>449</sup>. Indes wird über den Kontrollmaßstab des § 242 BGB zudem auch hier ein Ordre Public-Verstoß vermieden werden können, da der Wirksamkeitsmaßstab von Treu und Glauben danach höher liegen wird, als die Schwelle des Ordre Public.<sup>450</sup>

## **6. Zwischenergebnis**

Es lässt sich demnach insgesamt festhalten, dass durch die Abwahl der §§ 305 – 310 BGB den als wesentlich benannten Problemen des unternehmerischen Geschäftsverkehrs mit dem Institut der AGB-Inhaltskontrolle, insbesondere den Anforderungen an das Merkmal des individuellen Aushandels sowie der Zulässigkeit formularmäßiger Haftungsausschlüsse oder -beschränkungen durch die Rechtsprechung, begegnet werden kann, ohne dass im Ergebnis ein Ordre Public-Verstoß eines auf Grundlage einer entsprechenden „Rechts(abwahl)klausel“ ergangenen Schiedsspruchs und damit das Risiko dessen Aufhebung bzw. Nichtvollstreckbarkeit zu befürchten droht.

Damit lässt sich festhalten, dass 1. eine Rechtswahlklausel zur Abwahl der §§ 305 ff. BGB in einem Schiedsverfahren mit deutschem Schiedsort nach deutschem Recht auch in reinen Inlandssachverhalten wirksam möglich sein kann und dass 2. weder eine solche Klausel selbst, noch ein darauf gestützter Schiedsspruch im Ergebnis einen Verstoß gegen den deutschen Ordre Public darstellen muss.

## **7. Bestätigung in praktischer Hinsicht**

Dieses Ergebnis kann schließlich auch durch Entscheidungen der Schiedsgerichtspraxis eine Bestätigung erfahren. So ermangelt es zwar wie

---

<sup>449</sup> Vgl. BGH, NJW 1968, 1622; BGH, NJW 1971, 1795; BGH, NJW 1963, 99.

<sup>450</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173.

ausgeführt an Entscheidungen staatlicher als auch nicht-staatlicher Gerichte zur Frage der Wirksamkeit einer die Anwendbarkeit der §§ 305 – 310 BGB ausschließenden Rechtswahl in reinen Inlandssachverhalten. Es existiert jedoch eine veröffentlichte Schiedsentscheidung der Internationalen Handelskammer, deren Wertungen zumindest im Grundsatz auf die vorliegende Konstellation übertragbar sind. So lag der dortigen Entscheidung eine Streitigkeit in einem internationalen Anlagenlieferungsvertrag über die Frage der Wirksamkeit einer darin formularmäßig getroffenen Haftungsbegrenzungsklausel, die der AGB-Inhaltskontrolle nach deutschem Recht unterlag, zugrunde. Entgegen der herrschenden Rechtsprechung zu § 305 Abs. 1 S. 1 BGB traf das ICC-Schiedsgericht dazu jedoch folgende Entscheidung:

„Zwischen Unternehmern, die sich nicht in einem wirtschaftlichen Ungleichgewicht gegenüberstehen, kann eine Haftungsbegrenzungsklausel auch dann als ausgehandelt gelten, wenn sie während der Vertragsverhandlungen nicht geändert und von einer Vertragspartei als nicht verhandelbar hingestellt wurde, solange sie nur Gegenstand der Verhandlungen zwischen den Parteien war. Die Annahme, eine derartige Klausel sei unter diesen Voraussetzungen nicht ausgehandelt, ist mit der kaufmännischen Rechtswirklichkeit nicht zu vereinbaren.“<sup>451</sup>

Es zeigt sich, dass das Schiedsgericht hierbei seine Entscheidung ganz ausdrücklich entgegen der herrschenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den Anforderungen an ein individuelles Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 2 BGB traf und damit im Ergebnis unter bewusster Missachtung zwingenden Rechts. Hierin kann daher abschließend ein gewichtiges Indiz dafür gesehen werden, dass auch in Fällen einer die Anwendbarkeit der §§ 305 – 310 BGB gänzlich ausschließenden Rechtswahlklausel durchaus davon ausgegangen werden kann, dass ein Schiedsgericht aufgrund der darin doch auch zum Ausdruck gebrachten

---

<sup>451</sup> ICC-Schiedsspruch Nr. 10279, SchiedsVZ 2005, 108 ff.; vgl. auch die Ausführungen von Berger, SchiedsVZ 2009, 289, 296 f.

Vereinbarkeit mit der kaufmännischen Rechtswirklichkeit eine solche nicht per se als unzulässig, sondern vielmehr als wirksam erachten wird.

## **8. Wirksamkeit der Rechtswahlklausel**

Damit ist abschließend festzustellen, welche Wirksamkeitsanforderungen an die dieses Ergebnis determinierende Rechtswahlklausel als solcher zu stellen sind. In diesem Zusammenhang ist sich anforderst der Frage zuzuwenden, welches Recht dabei zugrunde zulegen ist.

### **a. lex causa**

Diese, zu früheren Zeiten noch umstrittene Frage beantwortet Art. 3 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO ausdrücklich dahin gehend, dass sich Zustandekommen und Wirksamkeit der Einigung der Parteien über das anzuwendende Recht nach dem Recht richten, das auch im Falle der Wirksamkeit der betreffenden Klausel anzuwenden wäre, d.h. nach dem von den Parteien als anwendbar bezeichneten Vertragsstatut. In Ansehung der Wertungen der Art. 3 Abs. 5, 10 Rom I-VO werden sich die Anforderungen an die Wirksamkeit der Rechtswahl also nach dem Recht des Hauptvertrages (lex causa) bemessen und dieses damit den Prüfungsmaßstab darstellen.<sup>452</sup> Sonderkollisionsrechtlich gebietet sich kein anderer Prüfungsmaßstab, für die Anwendung dieses generellen Maßstabs auch auf die Rechtswahlklausel in einem Schiedsverfahren streiten demnach Rechtssicherheit und Praktikabilität, auch wenn die Vorschriften der Rom I-VO auf diese Frage unmittelbar keine Anwendung finden.<sup>453</sup>

---

<sup>452</sup> Vgl. auch MÜKO/Münch, § 1051 ZPO, Rn. 15; Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173; a.A. Baumbach/Lauterbach, § 1051 ZPO, Rn. 2.

<sup>453</sup> Vgl. Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173.

Für den Fall der Wahl einer ausländischen Rechtsordnung richtet sich die Frage der Wirksamkeit der Rechtswahlklausel somit nach den danach einschlägigen Vorschriften. Eine diesbezügliche Wirksamkeitsprüfung muss mithin dem jeweiligen Einzelfall vorbehalten bleiben. Für den Vorliegend ebenfalls im Fokus stehenden Fall – Wahl deutschen Rechts mit Ausnahme der §§ 305 – 310 BGB – hat sich danach die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung nach deutschem Recht mit Ausnahme eben der §§ 305 – 310 BGB zu beurteilen. Aufgrund der Abhängigkeit vom Einzelfall in erster Konstellation müssen sich die nachfolgenden Ausführungen demnach auf zweitgenannte beschränken.

## **b. Überraschungs- und Überrumpelungskontrolle**

Die für formularmäßige Rechtswahlklauseln insbesondere von Bedeutung bestehende Vorschrift des § 305 c BGB, wonach Bestimmungen nicht Vertragsinhalt werden, die „nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbildes des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner (...) mit ihnen nicht zu rechnen braucht, findet sodann freilich keine Anwendung. Allerdings werden die danach aufgerufenen Wertungen dennoch auch für die vorliegende Rechtswahlklausel im Rahmen einer Überraschungs- und Überrumpelungskontrolle, im Zweifel über § 242 BGB<sup>454</sup>, den Maßstab der Wirksamkeit nicht gänzlich unbestimmt lassen und entsprechende Anforderungen an die Klauselgestaltung stellen.<sup>455</sup> Dies folgt bereits allgemeinen Erwägungen, nach denen sich eine Rechtswahlklausel, in AGB stets einer vorgelagerten Kontrolle durch das AGB-Recht der *lex fori* hat unterwerfen lassen sollen.<sup>456</sup> Vor diesem Hintergrund wird auch heute noch vertreten, dass sich eine Rechtswahlklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Abweichung des gesetzlichen Rahmens des Art. 3

---

<sup>454</sup> Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1173 mit Verweis auf frühere Rspr. zum AGB-Gesetz, BGH, NJW 1963, 99.

<sup>455</sup> Zur generellen Anwendung der Überraschungs- und Überrumpelungskontrolle auf Rechtswahlklauseln in AGB vgl. Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 176.

<sup>456</sup> Vgl. zur entsprechenden Rspr. zu Art. 27 EGBGB a.F. bspw. OLG Düsseldorf, IPrax 1997, 115 ff.



Rom I-VO gleichsam einer vorgelagerten Einbeziehungskontrolle unterziehen lassen müsse.<sup>457</sup>

Dem folgend haben die Parteien zur Vermeidung einer Unwirksamkeit der Rechtswahlklausel jedenfalls zu beachten, selbige entweder individuell, dann freilich wenig praktikabel, oder bei formularmäßiger Fassung unter so weit als möglich deutlichem Hinweis zu vereinbaren<sup>458</sup>, um einer etwaige Überraschung/Überrumpfung des anderen Teils vorzubeugen.

Dabei ist allerdings höchste Vorsicht geboten, da allein die Hervorhebung der Klausel im Vertragstext mittels eines besonderen Schriftbildes dafür noch nicht ausreichend sein soll.<sup>459</sup> Idealerweise ist daher ein ausdrücklicher Hinweis im Vertragstext auf die folgende Klausel und inhaltlich deren Erläuterung neben derer schriftbildlicher Hervorhebung und/oder die Bestätigung der Kenntnisnahme des besonderen Inhalts der Klausel durch den anderen Teil (wobei letzterem bei formularmäßiger Verwendung wiederum kaum Bedeutung zukommen kann) aufzunehmen.

### **c. Inhaltskontrolle**

Eine Inhaltskontrolle einer formularmäßigen Rechtswahlklausel scheidet schließlich gleichsam bereits mangels Anwendbarkeit des § 307 BGB aus. Anders als im Rahmen der Einbeziehungskontrolle findet eine Prüfung der Rechtswahl in Sinne einer Inhaltskontrolle aber nach ganz h.M. ohnehin nicht anhand etwaiger Grenzen nationalen Rechts statt. Vielmehr beschränkte sich eine Inhaltskontrolle danach auf die Einhaltung der Grenzen der einschlägigen IPR-rechtlichen Vorschriften.<sup>460</sup> Anlass, dass für das für Schiedsgerichte

---

<sup>457</sup> Vgl. Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 35.

<sup>458</sup> So auch Pfeiffer, NJW 1169, 1173.

<sup>459</sup> Vgl. dazu BGH, NJW-RR 2002, 485, wonach alleine der „Fettdruck“ eine Vertragsklausel nicht deren Überraschungscharakter beseitigen konnte.

<sup>460</sup> Vgl. Baumert, RIW 1997, 805, 809; MÜKO/Spellenberg, Art. 10 Rom I-VO, Rn. 161; Meyer-Sparenberg, RIW 1989, 347; Jayme, in: FS W. Lorenz, 1991, S. 435, 439; Stoll, in: FS Heini, S. 429, 438 ff.; Mankowski, RIW 1993, 453, 455 f.; derselbe, RIW 1996, 1001, 1002; auch Sieg, RIW 1997, 811, 816; Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, 1993, S.

geltende Sonderkollisionsrecht etwas anderes gelten könnte besteht auch hier nicht.<sup>461</sup> Danach wären die Parteien vorliegend selbst gemäß Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO im Rahmen der Grenzen des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO ohnehin frei in ihrer Rechtswahl. Daraus folgen demnach vorliegend insgesamt keine besonderen Einschränkungen.

Bei sorgsamer Vertragsgestaltung unter Berücksichtigung der vorgenannten Besonderheiten der Überraschungs- und Überrumpfungskontrolle wird eine wirksame Rechtswahlklausel zur Vereinbarung ausländischen Rechts sowie deutschen Rechts mit Ausnahme der §§ 305 – 310 BGB dann durchaus möglich sein.<sup>462</sup>

## 9. Zwischenergebnis

Danach ist festzuhalten, dass die Vertragsparteien im Rahmen einer Schiedsvereinbarung nach § 1051 ZPO die auf den (Haupt-)Vertrag anzuwendenden Rechtsvorschriften frei wählen können. In diesem Zusammenhang sind sie auch befugt, eine Rechtsordnung zu wählen und gleichzeitig die Anwendbarkeit einzelner Rechtsvorschriften derselben auszuschließen. Diese Befugnis steht den Parteien auch in reinen Inlandsfällen, d.h. ohne Auslandsbezug zu, da die Gegenteiliges fordernden Rechtswahlgrenzen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO auf die Schiedsvereinbarung keine Anwendung finden. Die Grenzen der Wirksamkeit der Rechtswahl ergeben sich damit vielmehr aus dem Ordre Public, dessen Beachtung insbesondere im Rahmen evtl. Aufhebungsverfahren nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO Bedeutung erlangt.

---

84.; Rühl, Rechtswahlfreiheit und Rechtswahlklauseln in AGB, S. 198 ff.; Staudinger/Magnus, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 167, 168; Staudinger/Hausmann, Art. 10 Rom I-VO, Rn. 94; a.A. OLG Frankfurt, IPRax 1990, 236.

<sup>461</sup> Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 236.

<sup>462</sup> Aufgrund der hohen formellen Anforderungen an die Vertragsgestaltung bereits im Bereich der Individualabrede empfiehlt sich indes sicherlich eine anwaltliche Begleitung, vgl. Kappus, NZM 2010, 529, 542.

In diesem Zusammenhang konnte wiederum festgestellt werden, dass auch bei reinem Inlandssachverhalt alleinig das Abweichen von zwingendem inländischen Recht, hier namentlich der §§ 305 – 310 BGB, per se keinen Verstoß gegen den Ordre Public im Sinne des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO darstellt. Bei demzufolge wirksamer Abwahl der §§ 305 – 310 BGB in Schiedsverfahren mit reinen Inlandssachverhalten wurde schließlich auf die Berücksichtigung der dann geltenden Maßgaben einer „maßvollen Inhaltskontrolle“<sup>463</sup> über den Weg des § 242 BGB eingegangen und aufgezeigt, dass danach weder die Problematik der weiten Anwendung der Inhaltskontrolle über die Anforderungen an das „individuelle Aushandeln“ besteht, noch die hohe AGB-rechtliche Hürde der generellen Unzulässigkeit formularmäßiger Haftungsbegrenzungen bzw. -freizeichnungen. Da dennoch, wie im Weiteren ausgeführt, über den Kontrollmaßstab des § 242 BGB der materiellen Vertragsgerechtigkeit<sup>464</sup> ausreichend Sorge getragen und Beachtung entgegen gebracht werden kann, steht schließlich ein Ordre Public-Verstoß des Ergebnisses eines unter Abwahl der zwingenden §§ 305 – 310 BGB ergangenen Schiedsspruchs ebenfalls nicht zu befürchten.

Hinsichtlich der Gestaltung der Rechtswahlklausel ist dem Verwender idealer Weise eine Individualvereinbarung, im formularmäßigen Gebrauch mindestens ein deutlicher Hinweis auf die Rechtswahl, anzuraten, um eine Unwirksamkeit der Klausel im Rahmen der Überraschungs- und Überrumpelungskontrolle zu vermeiden.

## **10. Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung**

Damit wurde festgestellt, dass in reinen Inlandsfällen die Parteien eines Schiedsverfahrens auch von zwingendem Recht des Einbettungsstatuts abzuweichen berechtigt sind, ein Schiedsgericht auch in reinen Inlandsfällen

---

<sup>463</sup> So Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1174.

<sup>464</sup> Zum im Zivilrecht grundlegenden Prinzip der materiellen Vertragsgerechtigkeit im Bezug zur AGB-Inhaltskontrolle vgl. umfassend Uffmann, NJW 2012, 2225 ff.

also an eine entsprechende und wirksame Rechtswahl der Parteien gebunden ist. Des Weiteren wurde festgestellt, dass ein auf Grundlage einer solchen Rechtswahl sodann von dem Schiedsgericht getroffener Schiedsspruch auch auf Anerkennungs- und Vollstreckungsebene der Rechtmäßigkeits-, insbesondere der Ordre-Public-Kontrolle, standhält und damit auch das Ergebnis die Wirksamkeit der Rechtswahl der Parteien trägt.

### **a. Unangemessen Benachteiligung durch die Schiedsvereinbarung**

Offen ist damit aber noch die Frage der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung in solcherlei Konstellationen selbst. Die Klärung auch dieser Frage erlangt besondere Bedeutsamkeit vor dem Hintergrund bestehender BGH-Rechtsprechung, die einer Schiedsvereinbarung die Wirksamkeit versagt, wenn durch sie Abweichungen von Schutzgarantien des AGB-Rechts zu befürchten sein können.<sup>465</sup>

So hob in jener Entscheidung der Bundesgerichtshof einen Schiedsspruch nach § 1042 Abs. 2 ZPO a.F. wegen Verstoßes der zugrunde liegenden Schiedsklausel gegen § 307 BGB (§ 9 AGBG a.F.) aus diesem Grunde auf. Die in den Allgemeinen Verkaufsbedingungen des Verwenders enthaltene Schiedsklausel habe den anderen Teil (in Zusammenhang mit anderen Klauseln der AVB) unangemessen benachteiligt.

Diese Wertungen erscheinen auch im vorliegenden Fall nicht unproblematisch. Zwar erfolgt in der hier zugrunde gelegten Konstellation die Umgehung der §§ 305 – 310 BGB nicht durch die Schiedsvereinbarung unmittelbar, sondern durch die Abwahl der Vorschriften im Rahmen der Rechtswahlvereinbarung zum Hauptvertrag. Allerdings führt dies nichtsdestotrotz erst in Kombination mit der Schiedsvereinbarung zu einer effektiven Abwahl in reinen Inlandsfällen. Ohne Schiedsvereinbarung ginge die Rechtswahl aufgrund Art. 3 Abs. 3 Rom

---

<sup>465</sup> Vgl. BGH, NJW 1992, 575 ff.; siehe auch die Anmerkungen von Wirth, IBR 1992, 89 ff.

I-VO faktisch ins Leere. Dies ist aber nicht unähnlich der in vorgenannter Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegenen Vertragssituation. Auch dort beanstandete der Bundesgerichtshof die getroffene Schiedsklausel, wonach „Die Verkäuferin das Recht“ hatte, „unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges ein Schiedsgericht anzurufen“. Dabei ließ er an der Wirksamkeit der Schiedsklausel als solcher in AGB-rechtlicher Hinsicht keine Zweifel, sah solche insbesondere nicht aufgrund der nur einseitig ausgestalteten Befugnis zur Anrufung des Schiedsgerichts.<sup>466</sup> Die unangemessene Benachteiligung des anderen Teiles sah der Gerichtshof vielmehr in einer der Schiedsklausel in Kombination mit anderen Klauseln der AVB folgenden Umgehung des Schutzes der Angemessenheitskontrolle des § 307 BGB. Dies sah der Gerichtshof darin begründet, dass aufgrund der Zuweisung der Streitigkeit zu einem Schiedsgericht die rechtliche Überprüfung der AVB des Verwenders durch staatliche Gerichte entzogen wird, bei Überprüfung durch ein Schiedsgericht eine kritische Überprüfung der AVB anhand der Anforderungen der §§ 305 – 310 BGB aber unwahrscheinlich sei.<sup>467</sup>

Im Ergebnis entspricht dies vorliegender Ausgangssituation. Die Rechtswahlklausel des Hauptvertrags führt in Kombination mit der Schiedsvereinbarung dazu, dass eine Prüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das angerufene Schiedsgericht dabei nicht nur „unwahrscheinlich“, gar gänzlich ausgeschlossen ist; ist dies doch dahinter stehendes Ziel. Die Frage der Einhaltung der vom Bundesgerichtshof damit aufgestellten Wirksamkeitsanforderungen an eine Schiedsklausel erscheinen im vorliegenden Fall damit noch brisanter, insbesondere insofern die Parteien die Schiedsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen treffen wollen.

Es stellt sich daher zum einen die Frage, ob in vorliegender Fallkonstellation die Schiedsvereinbarung trotz ihrer Kombination mit der Rechtswahlklausel des Hauptvertrages einer AGB-Inhaltskontrolle nach deutschem Recht überhaupt standzuhalten in der Lage ist. Weiterhin wäre diese Frage jedoch obsolet, wenn

---

<sup>466</sup> Vgl. bereits BGH, WM 1976, 331, 332.

<sup>467</sup> BGH, NJW 1992, 575, 577, wobei die Entscheidung offen lässt, warum eine kritische Prüfung der AVB durch das Schiedsgericht unwahrscheinlich ist.

in reinen Inlandsfällen auch hinsichtlich des Schiedsvereinbarungsstatuts eine Abwahl der §§ 305 – 310 BGB zulässig wäre und die Parteien damit unabhängig der Frage der AGB-Wirksamkeit auch diesbezüglich den Prüfungsmaßstab auf die Rechtskontrolle der §§ 138, 242 BGB „reduzieren“ könnten.

## **b. Prüfungsmaßstab**

Da wie eingangs ausgeführt die formellen Anforderungen an die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung nach deutschem Recht als auch im internationalen Vergleich weitgehend identisch eher gering sind, soll dies im Folgenden nicht im Vordergrund stehen. Wie angeführt stellt sich aber die Frage der materiellen Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung. Hierzu ist Voraussetzung die Feststellung des Prüfungsmaßstabes, insbesondere das Schiedsvereinbarungsstatut – das auf die Schiedsvereinbarung anzuwendende Recht.

Wie a.a.O. ausgeführt, bestimmt Art. 1 Abs. 2 lit. e) Rom I-VO eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der Verordnung für Schiedsvereinbarungen, der aber dahin gehend zu reduzieren ist, dass damit kein Ausschluss des in einem Schiedsverfahren auf den Hauptvertrag anzuwendende Rechts statuiert werden sollte, sondern wonach die Vorschriften der Rom I-VO für die Frage des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts keine Anwendung finden sollen.

Daraus wird zum Teil gefolgert, dass ein Schiedsgericht nicht zwingend und gleich eines staatlichen Gerichts an die am Schiedsort geltenden IPR-Vorschriften gebunden sei.<sup>468</sup> Diese Auffassung steht jedoch im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach sich Zustandekommen und Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung im Kollisionsfall nach den am Sitz des

---

<sup>468</sup> Hausmann, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, Rn. 8.415 m.w.N.

Schiedsgerichts geltenden IPR-Regeln zu bemessen haben.<sup>469</sup> Weder auf das Schiedsverfahrensstatut (§§ 1025 Abs. 1 i.V.m. 1044 Abs. 1 ZPO), noch auf das Statut des Hauptvertrages (§ 1051 ZPO) kommt es demnach an, sondern es hat eine eigenständige Bestimmung zu erfolgen.<sup>470</sup>

Eine zwingende Bindung auch eines Schiedsgerichts an Kollisionsnormen des Schiedsortes zur Bestimmung des Schiedsvereinbarungsstatuts besteht nach beiden Ansichten aber jedenfalls dann, wenn dies der jeweilige Gesetzgeber entsprechend normiert, wie es bspw. in § 1059 Abs. 2 Nr. 1 a) ZPO der Fall ist. Danach kann ein Schiedsspruch aufgehoben werden, wenn die Schiedsvereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben oder, falls die Parteien hierüber nicht bestimmt haben, nach deutschem Recht ungültig ist.

Die Vorschrift setzt damit zwingendes Sonderkollisionsrecht<sup>471</sup>, wobei aber festzuhalten ist, dass sie dabei hinsichtlich der Wahl des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts nach ihrem Wortlaut keine Einschränkung wie etwa Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO fordert. Die Rechtswahl ist vielmehr frei möglich, nur wenn die Parteien nichts bestimmt haben, gilt deutsches Recht. Es bildet hier gerade nicht die Grenze der Rechtswahlfreiheit, sondern gilt vielmehr subsidiär.<sup>472</sup>

Rechtsdogmatisch beschränkt sich Vorgenanntes auf die Ebene des Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens, mithin für die staatliche Gerichtsbarkeit. Zugleich ist es damit Maxime einer repressiven Kontrolle. Insgesamt kann dem daher keine Aussage für die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung entnommen werden. Dennoch wird man davon ausgehen dürfen, dass ein Schiedsgericht nicht willentlich von vorneherein unwirksame

---

<sup>469</sup> Ausdrücklich BGH, SchiedsVZ 2011, 46, 48; BGH, SchiedsVZ 2011, 157, 159; BGH, NJW-RR 2011, 1350, 1353; bereits BGHZ 40, 320, 322 f.; BGHZ 49, 384, 386; BGH, NJW 1976, 1591; BGHZ 71, 131, 137; BGH, NJW 2005, 3499, 3500; König, SchiedsVZ 2012, 129, 132 f.

<sup>470</sup> Vgl. MÜKO/Münch, § 1029 ZPO, Rn. 29 ff.

<sup>471</sup> Vgl. auch Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234; zum Sonderkollisionsrecht im Schiedsverfahren vgl. ausführlich Sandrock, RIW 1992, 786 ff.

<sup>472</sup> Vgl. MÜKO/Münch, § 1029 ZPO, Rn. 31.

Schiedssprüche trifft und der Regel des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 a) ZPO auch in einer präventiven Prüfung des Schiedsgerichts Bedeutung zukommt.<sup>473</sup> Dieser Regel mag daher durchaus eine Verallgemeinerungsfähigkeit und Wirkung einer „Grundvorgabe“<sup>474</sup> für die Bestimmungen des Schiedsvereinbarungsstatuts für deutsche Schiedsgerichte zukommen - Rechtswahlfreiheit und subsidiäre Geltung deutschen Rechts – auch in reinen Inlandssachverhalten. Diese Prämisse machte hier schließlich auch einen Rückgriff auf die (zwar ohnehin nicht unmittelbar anwendbaren) Art. 3 ff. Rom I-VO obsolet.<sup>475</sup>

### **c. Freie Rechtswahl auch hinsichtlich des Schiedsvereinbarungsstatuts**

Nach deutschem Recht werden die Parteien somit befugt sein, auch in reinen Inlandsfällen das auf die Schiedsvereinbarung anzuwendende Recht ohne Bindung an die Grenzen des Einbettungsstatuts zu bestimmen.<sup>476</sup> Damit sind die Parteien auch hinsichtlich der Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts frei und im Ergebnis auch zur Abwahl der §§ 305 – 310 BGB. Diese stellen demnach auch hier bereits grundsätzlich und damit unabhängig der Frage des Konkreten keine über den generellen Prüfungsmaßstab der Grundsätze von Sittenwidrigkeit und Treu und Glauben hinausgehenden Wirksamkeitsgrenzen. Die Frage, ob die Schiedsvereinbarung in hiesiger Ausgangssituation der AGB-Inhaltskontrolle standhalten würde, bedarf daher keiner abschließenden Beantwortung.

---

<sup>473</sup> Vgl. auch BT-Drs. 13/5274, S. 43, rechte Spalte.

<sup>474</sup> So MÜKO/Münch, § 1029 ZPO, Rn. 34.

<sup>475</sup> Zöller/Geimer, Rn. 107, 109, 113; Musielak/Voit, Rn. 28; Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 659; Koussoulis, in: FS Schlosser, 415, 420 ff.; a.A.. Schütze Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 107; Kronke, RIW 1998, 257, 258; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 1029 ZPO, Rn. 11; ähnlich Trittman, ZGR 1999, 340, 344; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 268; Quinke, Börsenschiedsvereinbarungen, S. 319.

<sup>476</sup> Vgl. Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 268 a.E.; MÜKO/Münch, § 1029 ZPO, Rn. 35.; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 236;



## **XI. Schiedsvereinbarung mit Schiedsort im Ausland am Beispiel der Schweiz**

Könnte somit festgestellt werden, dass auch in reinen Inlandssachverhalten eine die zwingende Geltung der §§ 305 – 310 BGB umgehenden Rechtswahl durch Kombination mit einer Schiedsvereinbarung bei einem Schiedsort in Deutschland rechtlich zulässig sein kann, ist sich demnach nicht zuletzt aus Gründen der Vollständigkeit der weiteren Frage zuzuwenden, ob dies auch bei Vereinbarung eines Schiedsortes im Ausland ebenso uneingeschränkt Geltung beanspruchen kann. Hierbei wird freilich das am Sitz des jeweils angerufenen Schiedsgerichts geltende Recht maßgeblich sein.

Nicht zuletzt aufgrund der aufgezeigten Angleichung der jeweiligen national geltenden Regelungen des Schiedsverfahrensrechts werden die vorangegangenen Ausführungen möglicherweise ganz grundsätzlich auch bei einem Schiedsort im Ausland regelmäßig gelten können.<sup>477</sup> Ungeachtet dessen kann sich Gegenteiliges selbstverständlich stets aufgrund jeweiligen nationalen Gesetzesrechts ergeben. Daher ist eine Einzelfallprüfung unumgänglich.

Da eine solche Einzelfallprüfung einer jeden denkbaren Rechtsordnung vorliegend selbstredend weder Ziel noch in angemessenem Rahmen möglich ist, soll sich im Folgenden auf eine skizzierende Darstellung der Rechtslage im in jüngerer Vergangenheit wie eingangs angerissen zunehmend im Fokus der Rechtswahlbestrebungen des Unternehmerverkehrs stehenden Schweizer Obligationenrecht beschränkt sein. Die der nachfolgenden Prüfung zugrunde liegende Fallkonstellation geht dazu von einer formularmäßigen Rechtswahl der Parteien zugunsten Schweizer Rechts in Kombination mit einer Schiedsvereinbarung aus, wonach sämtliche Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit dem Schiedsgegenstand von einem Schweizer Schiedsgericht zu entscheiden sein sollen.

---

<sup>477</sup> Nach Pfeiffer soll dies „im Grundsatz erst recht“ gelten, vgl. NJW 2012, 1169.

Auch hier ist zum einen die Frage der Wirksamkeit einer solchen Rechtswahl- und Schiedsvereinbarung selbst zu erörtern<sup>478</sup>, zum anderen, ob bei Annahme einer Wirksamkeit durch das Schiedsgericht ein darauf beruhender Schiedsspruch einer Überprüfung auf Einrede-, Anerkennungs- und Vollstreckungsebene standzuhalten in der Lage sein kann.

### **1. Art. 178 Abs. 2 IPRG als materieller Wirksamkeitsmaßstab der Schiedsvereinbarung**

Bei ausländischem Schiedsort, d.h. bei Festlegung des Schiedsortes außerhalb Deutschlands, gelten die §§ 1025 ZPO im Umkehrschluss nicht.<sup>479</sup> Eine Ausnahme gilt freilich, wenn das vereinbarte ausländische Schiedsrecht eine Rechtswahl gestattet und die Parteien über diesen Weg in das Recht der §§ 1025 ff. ZPO verweisen. § 1025 Abs. 1 ZPO soll gerade keine negative Kollisionsnorm darstellen.<sup>480</sup>

Gemäß Art. 176 Abs. 1 des Schweizer Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) folgen die zur Beurteilung der materiell-rechtlichen Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung für ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz maßgeblichen Regelungen im vorliegenden Fall grundsätzlich aus Art. 178 Abs. 2 IPRG. Danach ist eine Schiedsvereinbarung bereits dann als materiell rechtlich wirksam anzusehen, insofern sie dem von den Parteien gewählten Schiedsvereinbarungsstatut, dem Vertragsstatuts des Hauptvertrags oder dem schweizerischen Recht entspricht („favor validitatis-Grundsatz“).<sup>481</sup> Dass eine Schiedsvereinbarung an den Kontrollmöglichkeiten aller solcher drei in Bezug genommener Rechtsordnungen mit der Folge ihrer Unwirksamkeit scheitert, ist wiederum kaum wahrscheinlich, sodass sich hierin ein weitestgehend

---

<sup>478</sup> Dabei wird auch an dieser Stelle der mittlerweile h.M. gefolgt, die die Schiedsvereinbarung gar als Schiedsklausel, insbesondere aufgrund der Regelung des § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO, als vom Hauptvertrag unabhängigen selbstständigen Vertrag versteht, vgl. nur MÜKO/Münch, § 1040 ZPO, Rn. 8 ff.

<sup>479</sup> MÜKO/Münch, § 1025 ZPO, Rn. 18.

<sup>480</sup> BT-Drucks. 13/5274, S. 31.

<sup>481</sup> Vgl. Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 236;

rechtssicherer Weg anbietet, eine materiell-rechtliche Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu vermeiden.

## **2. Wirksamkeit der Rechtswahlklausel oder Bindung des ausländischen Schiedsgerichts an das Einbettungsstatut**

Gleichsam der Ausgangssituation ist auch in der vorliegenden weiterhin ausschlaggebend, ob ein ausländisches Schiedsgericht hinsichtlich des von den Parteien auf den Hauptvertrag als anwendbar bezeichneten Rechts von den zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts als Einbettungsstatut abzuweichen berechtigt oder daran gebunden ist. Auch hier setzt den Prüfungsmaßstab die *lex causa* – das Vertragsstatut des Hauptvertrags.<sup>482</sup>

### **a. Inhaltskontrolle**

Anders jedoch als in der vorherigen Konstellation, die von einer Abwahl deutschen Rechts oder der Vereinbarung deutschen Rechts unter Abwahl der §§ 305 – 310 BGB bei deutschem Schiedsort ausging und daraus auch der entsprechende Prüfungsmaßstab hinsichtlich der Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung folgte, trafen die Parteien in vorliegender Ausgangssituation die Wahl Schweizer Rechts.

Dies führt hinsichtlich der Frage der Anforderungen einer Inhaltskontrolle der getroffenen Rechtswahlvereinbarung freilich zu einem anderen Ergebnis, erschöpfen sich die diesbezüglichen Anforderungen mangels Anwendbarkeit der Rom I-VO hier nicht in denen der Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO. Es wird jedoch allgemeiner Konsens sein, dass unabhängig der jeweilig anwendbaren IPR-rechtlichen Regelungen eine Inhaltskontrolle anhand

---

<sup>482</sup> Vgl. MÜKO/Spellenberg, Art. 10 Rom I-VO, Rn. 167.

welchen nationalen Rechts auch immer über die vom jeweilig einschlägigen IPR gesetzten Grenzen hinaus nicht zu erfolgen hat.<sup>483</sup>

## **b. Einbeziehungskontrolle**

Etwas anderes muss jedoch hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs der Einbeziehungskontrolle folgen.

### **aa. Sonderkollisionsrecht**

Unter der Prämisse, dass für Schiedsgerichte ein eigenständiges Sonderkollisionsrecht gilt und dieses Fragen des Zustandekommens einer Rechtswahlvereinbarung nicht regelt<sup>484</sup> wird zum Teil vertreten, dass eine Einbeziehungskontrolle nach Maßgabe des Vertragsstatuts (entsprechend der für staatliche Gerichte geltenden kollisionsrechtlichen Vorschriften) stattzufinden hat. In diesem Fall müsste vorliegend eine Einbeziehungskontrolle nach Maßgabe Schweizer Rechts erfolgen.

### **bb. Art. 187 IPRG**

Folgt man jedoch der Auffassung, dass Art. 187 IPRG das für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz maßgebliche Kollisionsrecht abschließend regelt<sup>485</sup>, hätte dies zur Folge, dass die Frage des auf das Zustandekommen der Rechtswahl anzuwendende Rechts sich entweder nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt, richten würde, vgl. Art. 187 Abs. 1 S. 2 IPRG<sup>486</sup>,

---

<sup>483</sup> Vgl. Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 236; zur Rom I-VO MÜKO/Spellenberg, a.a.O, Rn. 483 m.w.N.

<sup>484</sup> Vgl. umfassend bereits aaO, S. 143 ff.

<sup>485</sup> Vgl. hierzu La Spada, in: Kaufmann-Kohler/Stucki, International Arbitration in Switzerland, S. 116, m.w.N.

<sup>486</sup> In diese Richtung Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 236.

oder wiederum dem Vertragsstatut als von den Parteien gewählten Rechts folgen könnte, vgl. Art. 187 Abs. 1 S. 2 IPRG.

## **cc. Streitentscheid**

Letztlich wird eine Entscheidung hierzu dahin stehen können, statuieren im Bereich der Einbeziehungskontrolle beide danach in Betracht kommenden Rechtsordnungen einen annähernd identischen Prüfungsmaßstab. Demnach wird die Wahl ausländischen Rechts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen in reinen Inlandssachverhalten sowohl nach § 305 c BGB überraschend als auch nach den im Schweizer Recht geltenden von der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts aufgestellten Ungewöhnlichkeitsregeln<sup>487</sup> als ungewöhnlich einzustufen sein. In beiden Fällen also empfiehlt sich ein ausdrücklicher Hinweis auf die Rechtswahlklausel<sup>488</sup> in den AGB des Verwenders, alternativ gar eine individualvertragliche Abrede um eine letztliche Unwirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung mangels Einbeziehung in den Vertrag<sup>489</sup> rechtssicher zu vermeiden.

## **c. Bindung des Schiedsgerichts an das Einbettungsstatut ?**

Gleichsam der Ausgangskonstellation stellt sich auch hier schließlich die Frage der Bindung des Schiedsgerichts an die vom Einbettungsstatut abweichende Rechtswahl der Parteien.

---

<sup>487</sup> Vgl. u.a. BGE 109 II 452.

<sup>488</sup> Vgl. bspw. auch BGH, NJW 1997, 2677.

<sup>489</sup> Vgl. Schulte-Nölke, in: Schulze/Dörner/Ebert, § 305 c BGB, Rn. 1.

## aa. lex arbitri

Anders als bei vorhergehender Konstellation steht die Frage einer Bindung des Schiedsgerichts an die Grenzen der Rom I-VO, ob unmittelbar oder auf anderem Wege, hier mangels Sitz des Schiedsgerichts innerhalb des Geltungsbereichs der Rom I-VO nicht in Rede. Einschränkungen der Rechtswahl müssen sich daher in dieser Konstellation alleinig aus der lex arbitri des Schiedsortes ergeben.<sup>490</sup> Dabei kann es auch an dieser Stelle dahin stehen, ob Schiedsgerichte überhaupt an das internationale Privatrecht des Schiedsortes gebunden sind<sup>491</sup>, wenn sich im vorliegenden Fall aus den maßgeblichen Rechtsvorschriften keine Einschränkung der Rechtswahlbefugnis der Parteien hinsichtlich einer Bindung an das Einbettungsstatut bei Fehlen eines Auslandsbezugs ergibt.

Wie ausgeführt ist dem nach deutschem Recht einschlägigen § 1051 ZPO das Erfordernis eines solchen nicht zu entnehmen, auch nicht über den ausdrücklichen Wortlaut hinaus gehend hineinzulesen.<sup>492</sup> Nach dem vorliegend anwendbaren Art. 187 Abs. 1 IPRG folgt nichts anderes. Vielmehr ist nicht einmal wesentlich umstritten, sondern einhellige Auffassung, dass hier auch über den ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift hinaus für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit kein Auslandsbezug für eine von den zwingenden Vorschriften des Einbettungsstatuts wirksam abweichende Rechtswahl zu fordern ist.<sup>493</sup> Auch einer Geltung der Rechtsgedanken des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO als von Schiedsgerichten stets zu beachtenden übergeordneten Grundsatz wurde bereits eine Absage erteilt, was gleichsam hier Geltung beansprucht.<sup>494</sup>

---

<sup>490</sup> Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 237.

<sup>491</sup> So u.a. Solomon, RIW 2007, 981, 988; Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 237.

<sup>492</sup> Vgl. a.a.O. S. 93ff.

<sup>493</sup> Karrer, in: Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, Art. 187 IPRG, Rn. 251.

<sup>494</sup> Vgl. a.a.O. S. 66 f.

## **bb. §§ 305 – 310 BGB als zwingende Eingriffsnormen**

Des Weiteren sieht aber auch das Schweizer Recht in Art. 19 IPRG vor, dass anstelle des von den Parteien gewählten Rechts zwingende Bestimmungen einer anderen Rechtsordnung dennoch zu berücksichtigen sind, „wenn nach der schweizerischen Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist“. Das schweizerische internationale Privatrecht sieht demnach komparabel Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO einen Vorrang internationale zwingender Eingriffsnormen vor dem gewählten Vertragsstatut vor.

Anfordere Voraussetzung hierfür ist, dass es sich bei der in Rede stehenden Bestimmung des Drittstaates um eine unabhängig des Vertragsstatuts internationalen Geltungsanspruch behauptende Eingriffsnorm handeln muss.<sup>495</sup> Bedeutsam ist dabei jedoch, dass die Qualifikation als Eingriffsnorm *expressis verbis* dem entsprechenden Drittstaat obliegen bleibt – „die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein will“.

Damit kommt im Ergebnis auch an dieser Stelle Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO bei der Frage, ob es sich bei den §§ 305 – 310 BGB um zwingende Eingriffsnormen im Sinne des Art. 19 IPRG handelt, die entscheidende Bedeutung zu, finden sich hierin doch die für deutsche Rechtsvorschriften geltenden Anforderungen an eine Eingriffsnorm.

## **cc. §§ 305 – 310 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO als verbundene Eingriffsnorm**

Wie für deutsche Schiedsgerichte steht nach Feststellung der Ablehnung der §§ 305 – 310 BGB als von einem Schiedsgericht mit dem Sitz in der Schweiz zwingende zu beachtende Eingriffsnormen auch in dieser Konstellation eine

---

<sup>495</sup> Vgl. auch BGE 130 II 620, 624f.

Qualifikation der §§ 305 – 310 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO als verbundene Eingriffsnorm im Raum.

Vorgreiflich dessen stellt sich vorliegend aber auch die Frage, ob die hier für ein Schweizer Schiedsgericht doch relevante Vorschrift des Art. 19 IPRG überhaupt auch von Schiedsgerichten zu beachten ist oder lediglich Gerichte der staatlichen Gerichtsbarkeit adressiert. Gegen eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift auf Schiedsgerichte spricht, dass das IPRG, wie zuvor ausgeführt, nach h.M. in Art. 187 IPRG für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit eine abschließende sonderkollisionsrechtliche Norm setzt. Dem widerspräche eine Bindung eines Schweizer Schiedsgerichts zugleich an Art. 19 IPRG. So lehnt auch das Schweizer Bundesgericht grundsätzlich eine Berücksichtigung von international zwingenden Eingriffsnormen, mit Ausnahme derlei Eingriffsnormen, die gleichsam von einem „transnationalen Ordre Public“ erfasst sind, durch ein Schiedsgericht und damit eine Berücksichtigung von Art. 19 IPRG ab.<sup>496</sup>

Unter vorgenannten zu berücksichtigen transnationalen Ordre Public sollen wiederum all solche Rechtsgrundsätze fallen, denen universelle Akzeptanz zukommt.<sup>497</sup> Der Einschränkung der Rechtswahl der Parteien auf eine Zulässigkeit einer Abwahl zwingenden Rechts des Einbettungsstatuts nur in Fällen mit Auslandsbezug dürfte eine solche Geltung als international universelles Prinzip jedoch schwerlich zukommen, sind doch Existenz und Grenzen einer solchen Einschränkung international betrachtet durchaus divergent.<sup>498</sup>

---

<sup>496</sup> vgl. BGE v. 30.12.1994. - Az. 4 P. 115/1994 = RIW 1995, 587 ff.

<sup>497</sup> Vgl. dazu generell Horn, SchiedsVZ 2008, 209, 211 f.; derselbe, RabelsZ 44 (1980), 423 f.

<sup>498</sup> Vgl. auch Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 238, 239 m.w.N. zu entsprechenden Regelungen in anderen Rechtsordnungen.



## **dd. Gesetzesumgehung – fraus legis**

Wenn danach feststeht, dass eine Schweizer Gericht solche Rechtsgrundsätze des transnationalen Ordre Public vorrangig der Rechtswahl der Parteien zu beachten hat, muss sich auch hier die Frage anschließen, ob nicht aufgrund eines als Bestandteil des vorrangig der Rechtswahl zu beachtenden transnationalen Ordre Public geltenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Gesetzesumgehung (fraus legis) eine Beschränkung der Rechtswahlbefugnis folgen kann. Hierbei ist zunächst festzuhalten, dass auch nach Schweizer Recht zwar anerkannt ist, dass die Beachtung des Grundsatzes des fraus legis für ein Schiedsgericht die Grenze der Bindung an eine Rechtswahl der Parteien setzen kann.<sup>499</sup> Problematisch ist jedoch, dass der Grundsatz des fraus legis im Schweizer Recht weitgehend konturenlos ist und es konkret überprüfbarer Voraussetzungen an einen Verstoß als auch belastbarer entsprechender Rechtsprechung ermangelt.<sup>500</sup>

Unabhängig davon ist aber festzuhalten, dass auch nach herrschender Schweizer Literatur für die Annahme eines Verstoßes gegen den Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung die nach deutschem Recht gesetzten Voraussetzungen des 1. umgangenen Rechtsatzes, 2. ergangenen Rechtssatzes, 3. der Umgehungshandlung sowie 4. der Umgehungsabsicht gleichfalls vorliegen müssen.<sup>501</sup>

Wie auch in vorgenannter Konstellation wird gleichsam hier die Abwahl der deutschen §§ 305 – 310 BGB die Voraussetzung des umgangenen Rechtssatzes und die Wahl Schweizer Rechts jene des ergangenen Rechtssatzes erfüllen. Weiterhin stellt sich auch hier die Frage nach der ebenfalls vorausgesetzten Umgehungshandlung. Da wie aufgezeigt auch bei einem deutschen Schiedsort eine Abwahl der §§ 305 – 310 BGB möglich ist, wird aber bereits alleinig die Bestimmung eines Schiedsortes in der Schweiz mit dem identischen Ziel der Umgehung des zwingenden deutschen AGB-Rechts nicht als

---

<sup>499</sup> Vgl. Karrer, in: Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, Art. 187 IPRG, Rn. 250.

<sup>500</sup> Karrer, in: Basler Kommentar – Internationales Privatrecht, Art. 187 IPRG, Rn. 249.

<sup>501</sup> Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, S. 496 ff, 504.

Umgehungshandlung angesehen werden können.<sup>502</sup> Zudem wird man in vorliegender Konstellation zu beachten haben, dass die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung in Kombination mit einer Schiedsvereinbarung dergestalt keinesfalls ungewöhnlich ist. Beachtet man auch in diesem Bezug die unstrittige Zulässigkeit einer Rechtswahl im Schiedsverfahren auch in reinen Inlandsfällen (umstritten ist eben alleinig die Frage der Befugnis zur Abweichung von zwingenden Vorschriften des Einbettungsstatuts, nicht die Rechtswahl als solche), handeln die Parteien vielmehr lediglich im Rahmen ihrer gesetzlich zugebilligten Befugnisse. Auch hier gilt schließlich zu berücksichtigen, dass die Parteien „lediglich“ von einfach zwingendem Recht und gerade nicht von international zwingenden Eingriffsnormen abweichen, was ebenfalls gegen eine auch hier erforderliche Überschreitung der Toleranzschwelle der Rechtsordnung sprechen dürfte, wollte man dennoch vom Vorliegen einer Umgehungshandlung ausgehen.

Abschließend und entscheidend soll selbst eine gegen den Grundsatz des *fraus legis* verstoßende Rechtswahlklausel nicht dazu führen, dass ein staatliches Gericht in einem Anerkennungs- und/oder Vollstreckungsverfahren zur Aufhebung eines auf Grundlage einer solchen Rechtswahlklausel ergangenen Schiedsspruchs aufgrund eines *Ordre Public*-Verstoßes berechtigt wäre. Maßgeblich ist hier der anerkennungsrechtliche *Ordre Public*<sup>503</sup>, mithin die innerstaatlichen Wertungen<sup>504</sup> der Schweizer Rechtsordnung. Auch gemäß des nach Schweizer Recht diesbezüglich einschlägigen Art. 190 Abs. 2 lit. e) IPRG ist dafür zusätzlich zu der Nichtanwendung zwingenden nationalen Rechts erforderlich, dass diese zu einem nach den Wertungen der Rechtsordnung untragbaren Ergebnis führt.<sup>505</sup> Dies ist jedoch nicht anzunehmen, insbesondere im Hinblick auf die damit umgangenen Vorschriften der deutschen AGB-Inhaltskontrolle ist nicht zu erwarten, dass ein entsprechender Schiedsspruch

---

<sup>502</sup> Vgl. auch Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 240.

<sup>503</sup> Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 240.

<sup>504</sup> Vgl. MÜKO/Reinhardt, Art. 26 VO (EG) 1347/2000, Rn. 5.

<sup>505</sup> Vgl. Berger/Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Rn. 1595 m.w.N.

gegen die Wertungen der Schweizer Rechtsordnung verstößt, die doch bereits selbst nur eine Inhaltkontrolle mit geringerem Kontrollmaßstab kennt.

#### **d. Zwischenergebnis**

Im Ergebnis gelten die in ersterer Fallkonstellation ermittelten Grundsätze bei Wahl eines (geeigneten) ausländischen Rechts und Vereinbarung eines entsprechenden dortigen Schiedsortes also im Grundsatz erst Recht. Auch hierüber steht den Parteien eines Schiedsverfahrens somit ein Weg offen, in rein nationalen Sachverhalten der zwingenden Geltung der §§ 305 – 310 BGB zu entgehen.

### **3. Rechtsfolgen für die deutsche Gerichtsbarkeit im Einrede-, Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsverfahren**

Vorgenanntem schließt sich die Frage an, welche Folgen diesem Befund für die deutschen Parteien des Schiedsverfahrens zu entnehmen sind. Da sich diese zum eine in der Einredesituation, zum anderen im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren zeigen, korrespondiert damit zwingend die Frage der Rechtsfolgen für die in den vorbenannten Situationen zur Entscheidung berufenen staatlichen Gerichte.

#### **a. Wirksamkeitskontrolle nach § 1032 ZPO**

Wird vor einem deutschen Gericht in einer Angelegenheit Klage erhoben, die Gegenstand einer Schiedsvereinbarung ist, steht dem Beklagten nach § 1032 Abs. 1 ZPO (der nach § 1025 Abs. 2 ZPO auch auf ausländische Schiedsverfahren Anwendung findet<sup>506</sup>) wie bereits an anderer Stelle ausgeführt

---

<sup>506</sup> Vgl. auch BeckOK/Wolf/Eslami, § 1032 ZPO, Rn. 18.

bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache das prozessuale Verteidigungsmittel der Schiedseinrede zu. Erhebt der Beklagte diese berechtigt, hat das Gericht die Klage zwingend abzuweisen, außer das Gericht stellt fest, dass die Schiedsvereinbarung nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist, § 1032 Abs. 1 aE ZPO. Grundvoraussetzung der Schiedseinrede ist also, dass die Parteien des Rechtsstreits eine wirksame Schiedsvereinbarung über den Streitgegenstand des Rechtsstreits getroffen haben. Damit entspricht die Regelung des § 1032 Abs. 1 ZPO im Wesentlichen jener des Art. 2 Abs. 3 UNÜ – „that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed“.

Da das Gericht zur Abweisung der Klage nur verpflichtet ist, wenn die Schiedsvereinbarung auch wirksam, nicht nichtig und durchführbar ist, hat eine Schiedsvereinbarung im Einredevorverfahren demnach auch einer Wirksamkeitskontrolle durch ein staatliches deutsches Gericht standzuhalten.

Da sich die Anforderungen an die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung im Sinne des § 1032 Abs. 1 ZPO auf Fälle anfänglicher Wirkungslosigkeit, beispielsweise aufgrund eines nicht geheilten Formmangels, einer fehlenden Schiedsfähigkeit des Schiedsgegenstandes oder Rechtsfehler bei den Parteien wie bspw. einer Prozessunfähigkeit<sup>507</sup> und die der Undurchführbarkeit im Wesentlichen auf Fälle der Unmöglichkeit der Zweckerreichung<sup>508</sup>, insbesondere in denen ein Schiedsgericht sich für unzuständig hält<sup>509</sup>, sich nicht auf einen Schiedsspruch zu einigen in der Lage ist<sup>510</sup>, die Parteien eines institutionellen Schiedsverfahrens eine nicht existente Schiedsgerichtsinstitution anrufen<sup>511</sup> oder das Schiedsverfahren wegen Mittellosigkeit undurchführbar ist<sup>512</sup> beschränken, ist die vom staatlichen Gericht zu überprüfende Voraussetzung

---

<sup>507</sup> Vgl. zu einer umfassenden Aufzählung Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 7, Rn. 7.

<sup>508</sup> Vgl. MÜKO/Münch, § 1032 ZPO, Rn. 8.

<sup>509</sup> Schwab/Walter, , Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 7, Rn. 9; MÜKO/Münch, § 1032 ZPO, Rn. 8.

<sup>510</sup> Schwab/Walter, , Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 7, Rn. 9; MÜKO/Münch, § 1032 ZPO, Rn. 8.

<sup>511</sup> Vgl. BGH, NJW 2011, 2977 ff.

<sup>512</sup> BGH, NJW 2000, 3720, 3721; a.A. Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 7, Rn. 8.

der Wirksamkeit vorliegend von vorstehender Relevanz.<sup>513</sup> Den Parteien steht in diesem Zusammenhang auch nicht frei, eine Vereinbarung zu treffen, wonach das staatliche Gericht auf eine Prüfung der Wirksamkeit zu verzichten hätte, ebenso wenig eine Vereinbarung zu treffen, wonach das Schiedsgericht selbst abschließend über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu befinden hätte (sog. Kompetenz-Kompetenz-Klausel).<sup>514</sup>

Ebenso wie dem zur Entscheidung berufenen Schiedsgericht obliegt in vorliegender Konstellation demnach ebenfalls spätestens im Einredevverfahren auch der staatlichen Gerichtsbarkeit eine materiell-rechtliche Wirksamkeitskontrolle der Schiedsvereinbarung, im Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsverfahren sodann ohnehin.

## **b. Prüfungsmaßstab entsprechend Art. V Abs. 1 lit. a. UNÜ**

Hier vermag Vorstehendes vor den Gerichten der Schiedsgerichtsbarkeit zur Bestimmung des Prüfungsmaßstabs noch bemühtes und tragendes Argument der Existenz eines Sonderkollisionsrechts jedoch nicht zu verfangen. Das die Frage der materiell-rechtlichen Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung bestimmende Schiedsvereinbarungsstatut<sup>515</sup> ist nach herrschender Meinung bei Schiedssprüchen ausländischer Schiedsgerichte auch im Einredevverfahren vielmehr allein anhand des Sonderkollisionsrechts des UN-Übereinkommens vom 10.06.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UNÜ) festzustellen.<sup>516</sup> Gemäß Art. I Abs. 1 UNÜ ist das Übereinkommen „auf die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen anzuwenden, die in Rechtsstreitigkeiten zwischen natürlichen und juristischen Personen in dem Hoheitsgebiet eines anderen Staats als

---

<sup>513</sup> a.A. Musielak/Voit, § 1032 ZPO, Rn. 4, wonach auch die Unwirksamkeit einer Schiedsabrede zur Undurchführbarkeit führt, zumindest, insofern das Schiedsgericht diese selbst feststellt.

<sup>514</sup> BGH, SchiedsVZ 2005, 95, 97; Musielak/Voit, § 1032 ZPO, Rn. 3.

<sup>515</sup> Auch hier kommt es alleinig auf das Schiedsvereinbarungsstatut an und nicht auf die jeweilige lex fori, vgl. nur Hanefeld, SchiedsVZ 2005, 217, 221.

<sup>516</sup> Vgl. MÜKO/Münch, § 1029 ZPO, Rn. 32.

desjenigen ergangen sind, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird.“ Die Anwendbarkeit des Übereinkommens setzt demnach keinen originären Auslandsbezug voraus, ausreichend ist „lediglich“, dass Gegenstand von Anerkennung und Vollstreckung ein ausländischer Schiedsspruch ist, unabhängig davon, dass die Parteien im Anerkennungs- und Vollstreckungsstaat ansässig sind.<sup>517</sup>

Zur Feststellung des den Prüfungsmaßstab im Einrediverfahren demnach bestimmenden Schiedsvereinbarungsstatuts ist entsprechend Art. V Abs. 1 lit a. UNÜ zunächst auf die Rechtswahl der Parteien abzustellen, im Falle keiner Rechtswahl auf des Recht am Schiedsort. In vorliegender Konstellation trafen die Parteien wie eingangs ausgeführt zwar eine allgemeine Rechtswahl ohne nähere Bestimmung, ob sich diese auf den Hauptvertrag, die Schiedsvereinbarung oder beides bezöge.<sup>518</sup> Vorstehendem folgend ist dies jedoch an dieser Stelle unschädlich, da gänzlich unabhängig der Frage, welche Reichweite einer solchen unbestimmten Rechtswahl zukommt, vorliegend sowohl nach jener als auch nach dem Recht des Schiedsortes als Prüfungsmaßstab ausschließlich Schweizer Recht folgen kann, vgl. Art. V Abs. 1 lit. a. UNÜ.

Danach folgt, dass auch ein deutsches Gericht die Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung am großzügigen favor validitatis-Grundsatz des Art. 178 Abs. 2 IPRG zu bemessen hat.<sup>519</sup> Zum Ergebnis, dass die Schiedsvereinbarung diesem Wirksamkeitsmaßstab standzuhalten in der Lage ist, kann daher auf obige Feststellungen verwiesen werden.

---

<sup>517</sup> Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, Kapitel 42, Rn. 3.

<sup>518</sup> Zum diesbezüglich Streitstand vgl. Hausmann, in: Staudinger BGB, Anhang II zu Art. 27 EGBGB, Rn. 250 mwN., nach dem bei allgemeiner Rechtswahl im Hauptvertrag nicht zugleich angenommen werden können soll, dass sich diese auch automatisch auf die Schiedsvereinbarung bezieht, zumindest, wenn danach das Vertragsstatut des Hauptvertrages und die lex fori des Schiedsgerichts auseinander fallen würden.

<sup>519</sup> Vgl. Wenger/Müller, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, Art. 178 IPRG, Rn. 24, wonach es auch hier auf die Regelung des Art. 178 Abs. 2 EGBGB ankommt.

### **c. Anerkennungsrechtlicher Ordre-Public**

Davon unabhängig hat nach herrschender Auffassung ein deutsches staatliches Gericht im Rahmen des Einredevfahrens über § 1061 ZPO i.V.m. Art. V Abs. 2 lit. b. UNÜ stets auch die Einhaltung der Grundsätze des auch im Anerkennungsverfahren zu beachtenden Ordre Public zu überprüfen. Gemäß Art. V Abs. lit b. UNÜ ist die Anerkennung und Vollstreckung eines (ausländischen) Schiedsspruchs zu versagen, wenn die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs der öffentlichen Ordnung des Landes widerspricht, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird. Verstößt die in Rede stehende Schiedsvereinbarung also gegen den Ordre Public, kann daher auch dies letztlich zu einer Nichtbeachtung der Schiedsvereinbarung im Einredevfahren führen.<sup>520</sup>

Die Bewertung, ob die Anerkennung und Vollstreckung im Widerspruch zur deutschen öffentlichen Ordnung steht erfolgt dabei nunmehr also aus Sicht deutschen Rechts. Anders als im Rahmen des § 1059 Abs. 2 Ziff. 2 lit. b) ZPO ist Prüfungsmaßstab hier nicht der Ordre Public interne, sondern der anerkennungsfreundlichere des Ordre Public international.<sup>521</sup> Ein Verstoß gegen den Ordre Public international setzt folglich voraus, dass „das schiedsgerichtliche Verfahren an einem schwerwiegenden Mangel leidet, der die Grundlagen des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens in Deutschland berührt“.<sup>522</sup> Auch an dieser Stelle ist weiterhin zwischen einem Verstoß gegen den verfahrensrechtliche Ordre Public wie den materiell-rechtlichen Ordre Public zu differenzieren.

Ein Verstoß gegen ersteren kommt in Betracht, „wenn die Entscheidung aufgrund eines Verfahrens ergangen ist, das von den Grundprinzipien des

---

<sup>520</sup> Stein/Jonas/Schlosser, Anhang zu § 1061 ZPO, Rn. 42; Quinke, SchiedsVZ 2007, 246, 248.

<sup>521</sup> BGH, SchiedsVZ 2014, 98; BGH, 2014, 151, 153; BGH NJW 1986, 3027, 3028; OLG Karlsruhe SchiedsVZ 2012, 101, 104; OLG Stuttgart, BeckRS 2003, 18189, Rn. 178.

<sup>522</sup> Vgl. BGH, NJW 2007, 772, 774 f.; OLG Karlsruhe, SchiedsVZ 2012, 101, 104; OLG Jena, SchiedsVZ 2008, 44, 45; OLG Celle, BeckRS 2007, 10067 ff.; OLG Stuttgart, BeckRS 2003, 18189, Rn. 178.

deutschen Verfahrensrechts in einem solchen Maße abweicht, dass sie nach der deutschen Rechtsordnung nicht als in einem geordneten rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden kann“.<sup>523</sup> Bei einem von einem Schweizer Schiedsgericht unter Zugrundelegung Schweizer Schiedsverfahrensrechts getroffenen Schiedsspruch ist eine solcher Verstoß grundsätzlich wohl kaum anzunehmen, zumal die Parteien durch Gestaltung des Schiedsverfahrens es in der Hand haben, die zu verhindern und ein Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen Ordre Public zudem voraussetzt, dass sich der Verfahrensverstoß auch auf den Schiedsspruch ausgewirkt hat.<sup>524</sup>

Ein Verstoß gegen den materiell-rechtlichen Ordre Public liegt auch hier wiederum dann vor, wenn der Schiedsspruch in ergebnisbezogener Betrachtung mit den Grundvorstellungen des deutschen Rechts nicht vereinbar ist.<sup>525</sup> Diesbezüglich ist schließlich festzuhalten, dass die „Umgehung“ der §§ 305 – 310 BGB bereits unter Zugrundelegung des engeren Maßstabs des Ordre Public interne keine Verstoß darstellte, im Rahmen des an dieser Stelle geltenden weiteren Maßstabs des Ordre Public international mithin erst recht nicht zu erwarten ist, dass der Schiedsspruch im Widerspruch dazu steht und ihm daher die Anerkennung zu versagen wäre.<sup>526</sup>

Diesem Ergebnis steht schließlich auch nicht entgegen, dass vereinzelt in hochrichterlicher Rechtsprechung einer Schiedsvereinbarung auch auf Anerkennungsebene die Wirksamkeit versagt wurde, wenn durch eine Kombination der Schiedsvereinbarung mit der Vereinbarung eines ausländischen Schiedsortes und der Wahl ausländischen Rechts, die Gefahr der Umgehung aus zwingendem deutschen Gesetzesrecht folgender Ansprüche der deutschen Partei bestand.<sup>527</sup> Diesen Entscheidungen lag nämlich stets ein

---

<sup>523</sup> Vgl. BGH, NJW 1986, 3027, 3028; OLG Köln, BeckRS 2012, 21333; OLG München, SchiedsVZ 2010, 169, 172; OLG Stuttgart, BeckRS 2003, 18189, Rn. 178.

<sup>524</sup> OLG Frankfurt/Main, SchiedsVZ 2014, 206, 208; OLG Hamm, BeckRS 2009, 27657, 4.2; OLG Stuttgart, BeckRS 2003, 18189, Rn. 124.

<sup>525</sup> Vgl. OLG Saarbrücken, SchiedsVZ 2012, 47, 50; OLG München, SchiedsVZ 2012, 339, 341; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, Rn. 2678; MÜKO/Adolphsen, Anh. § 1061 ZPO - UNÜ Art. V, Rn. 70.

<sup>526</sup> Vgl. unter Bezugnahme auf die §§ 305 – 310 BGB auch BeckOK ZPO/Wilske/Markert, § 1061 ZPO, Rn. 48.

<sup>527</sup> Vgl. insbesondere OLG München, IPrax 2006, 322.



Sachverhalt zu Grunde, indem die Umgehung zwingenden Deutschen Rechts drohte, welches aber zugleich als international zwingende Eingriffsnorm zu qualifizieren war.<sup>528</sup> Dies erfüllen die §§ 305 – 310 BGB aber gerade nicht<sup>529</sup>, zumal an dieser Stelle ergänzend zu berücksichtigen ist, dass auch das Schweizer Recht dem deutschen ähnliche Kontrollinstrumente einer AGB-Kontrolle vorsieht, wenn auch mit einer geringeren Kontrollintensität, der andere Teil also auch hier nicht „schutzlos“ steht.<sup>530</sup> Zudem geht vorgenannte Rechtsprechung, wie ausgeführt, bereits aufgrund der Gefahr der Umgehung einer Eingriffsnorm von der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung im Anerkennungsverfahren aus. Dies ist aber kaum mit dem aufgezeigten engen Prüfungsmaßstab des Ordre Public international in Einklang zu bringen, insbesondere ist nicht dargetan, warum die Anerkennung der betreffenden Schiedssprüche zu einem mit den Grundvorstellungen des deutschen Rechts unvereinbaren Ergebnis hätte führen sollen. Demnach ist eine Verallgemeinerungsfähigkeit derlei Entscheidungen ohnehin abzulehnen.<sup>531</sup>

#### **4. Zwischenergebnis**

Damit zeigt sich, dass neben ersterem Weg der Abwahl der §§ 305 – 310 BGB im Rahmen einer Schiedsvereinbarung vor einem deutschem Schiedsgericht auch die Anrufung eines Schweizer Schiedsgerichts und Wahl Schweizer Rechts die Möglichkeit eröffnet, in (mit Ausnahme der Rechtswahl und der Bestimmung des Schiedsortes) rein nationalen Fällen ohne Auslandsbezug der zwingenden Wirkung der §§ 305 – 310 BGB zu entgehen. Auf dem Weg dorthin werden, wie aufgezeigt, gar weniger rechtliche Hürden zu nehmen sein, als in der Ausgangskonstellation. Der Umstand der „Notwendigkeit“ der Anrufung eines Schweizer Schiedsgerichts und der Wahl Schweizer Rechts dürften dazu

---

<sup>528</sup> In vorgenannter Entscheidung des OLG München stand die Umgehung des § 89b HGB in Rede, bzgl. dem bereits wiederholt festgestellt wurde, dass es sich dabei um eine international zwingende Eingriffsnorm handelt.

<sup>529</sup> Vgl. wiederholt aaO.

<sup>530</sup> Vgl. auch Ostendorf, SchiedsVZ 2010, 234, 242.

<sup>531</sup> Im Ergebnis auch Quinke, SchiedsVZ 2007, 246 ff.

führen, dass der hier aufgezeigte Weg trotz solcher Vorteile im Vergleich mit der Wahl deutschen Rechts unter Ausnahme der §§ 305 – 310 BGB vor einem deutschen Schiedsgericht für die Parteien auf rein tatsächlicher Ebene sicherlich nichtsdestotrotz eine weniger attraktive Alternative darstellt.

## **XII. Schiedsvereinbarung mit Schiedsort in Deutschland unter Wahl ausländischen Schiedsverfahrensrechts**

Die Wahl eines ausländischen Schiedsverfahrensrechts bei deutschem Schiedsort stellt schließlich keine Alternative zu den vorangegangenen Konstellationen dar.

Zwar ist es den Parteien grundsätzlich unbenommen, das Schiedsverfahren auch durch Wahl eines „fremden“ Schiedsverfahrensrechtes (gleichfalls möglich ein Verweis auf die Verfahrensordnung einer Schiedsinstitution oder „transnationale Verfahrensordnungen“) zu regeln.<sup>532</sup> Bei deutschem Schiedsort gilt jedoch zwingend deutsches Schiedsverfahrensrecht.<sup>533</sup> Bereits gem. § 1025 Abs. 1 ZPO steht den Parteien die Befugnis zur freien Bestimmung des Schiedsverfahrensrechts nur bei ausländischen Schiedsort zu.<sup>534</sup>

Damit ist den Parteien eine kollisionsrechtliche Verweisung hier nicht möglich, allenfalls eine materiell-rechtliche.<sup>535</sup> In der Folge fände in systematischer Hinsicht das gewählte Verfahrensrecht nicht unmittelbar Anwendung, sondern würde Vertragsinhalt und stiege damit in den Rang einer in Bezug genommenen

---

<sup>532</sup> Siehe nur Umkehrschluss aus § 1025 ZPO; Art. 19 UNCITRAL-Modellgesetz, Art. 182 Abs. I 2. HS., Abs. II schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht; Art. 136 Niederländische Zivilprozessordnung.

<sup>533</sup> Berger, DZWIR 1998, 45; Böckstiegel, in: FS Beitzke, 443, 445 ff.; Kreindler-Mahlich, NJW 1998, 563, 567; Kronke, RIW 1998, 257, 260; a.A. Sandroock, RIW 1992, 785, 789 ff., der von einer Wählbarkeit des anwendbaren IPR ausgeht bzw. von einer Ermessensentscheidung des Schiedsgerichts im Falle ohne Rechtswahl.

<sup>534</sup> Und vorausgesetzt, das entsprechend am ausländischen Schiedsort geltende Recht lässt eine Wahl des Schiedsverfahrensrechts auch zu, vgl. unter Bezugnahme auf die lex fori auch Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Rn. 145.

<sup>535</sup> Berger, Int. Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 341.

Schiedsordnung auf.<sup>536</sup> Nicht abzuweichen berechtigt bleiben die Parteien dadurch von den zwingenden Vorschriften des Verfahrensrechts am Sitz des Schiedsgerichts.<sup>537</sup> Wenn teilweise vertreten wird, dass Schiedsgerichte mangels Forum nicht an das IPR-Recht des Schiedsortes gebunden sein sollen, wird diese Annahme nicht unkritisch hinzunehmen sein dürfen; vielmehr spricht schon der Umstand, dass in mehreren Rechtsordnungen zwingende sonderkollisionsrechtliche Bestimmungen bestehen<sup>538</sup>, gegen eine uneingeschränkte Anerkennung dieses Grundsatzes, als auch der Umstand, dass bei einer Missachtung von § 1051 ZPO durch ein deutsches Schiedsgericht der Schiedsspruch nach 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. d) ZPO aufhebbar wäre.<sup>539</sup>

## **E. Klauselgestaltung**

Abschließend können sich den erzielten Ergebnissen im Folgenden sekundierende Vorschläge zur Klauselgestaltung für die Vertragspraxis anschließen.

## **I. Gänzlicher Ausschluss der §§ 305 – 310 BGB**

Zum gänzlichen Ausschluss der Anwendung der §§ 305 – 310 BGB auf einen Vertrag unter gleichzeitiger Vereinbarung eines Schiedsverfahrens vor einem Schiedsgericht mit dem Sitz in Deutschland haben die Parteien demnach zum einen die Möglichkeit mittels originärer Rechtswahl die Geltung einer ausländischen Rechtsordnung zu vereinbaren und so die §§ 305 – 310 BGB zu umgehen.

---

<sup>536</sup> Berger, Int. Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, S. 341.

<sup>537</sup> Böckstiegel, RIW 1984, S. 675.

<sup>538</sup> Vgl. zur zwingenden Geltung des § 1051 ZPO nach deutschem Recht und zur Aufhebung eines Schiedsspruchs nach § 1059 Abs. 2 lit. d) ZPO bei einem Verstoß bereits aaO.; auch Junker, in: FS Sandrock, 443, 463; Musielak/Voit, § 1051 ZPO, Rn. 6, 7; a.A. Solomon, RIW 1997, 981, 988; Böckstiegel, in: FS Beitzke, 443, 445 ff.

<sup>539</sup> Vgl. Junker, in: FS Sandrock, 443, 463.

Alternativ und hier favorisiert bieten sich bei „Beibehaltung“ deutschen Rechts unter Ausschluss der Anwendung der §§ 305 – 310 BGB folgende Formulierungen einer kollisionsrechtlichen Rechtswahlklausel an:

*„Dieser Vertrag unterliegt den Vorschriften des deutschen Rechts. Die Anwendung der §§ 305 – 310 BGB ist ausgeschlossen.“<sup>540</sup>*

*„Das anwendbare materielle Recht ist deutsches Recht unter Ausnahme der §§ 305 – 310 BGB.“<sup>541</sup>*

*„Sämtliche Streitigkeiten aus und in Zusammenhang mit diesem Vertrag unterliegen deutschem Recht, mit Ausnahme der §§ 305 – 310 BGB, deren Anwendung ausdrücklich ausgeschlossen ist.“*

Neben dem Fall des gewollten Ausschlusses der Anwendbarkeit der §§ 305 – 310 BGB auf einen Vertrag bieten sich vorgenannte Formulierungen insbesondere auch für den Fall an, dass die Vertragsparteien im Grunde keinen Vertrag unter Geltung von AGB, sondern einen Individualvertrag „verhandelt“ haben und abschließen möchten und daher zwar übereinstimmend ohnehin von der Nichtanwendbarkeit des AGB-Rechts ausgehen, aufgrund der hohen Anforderungen der Rechtsprechung an das Erfordernis des „individuellen Aushandelns“ – „Verhandeln ist nicht gleich Aushandeln“ – „auf Nummer sicher gehen“ und vorsorglich die AGB-Inhaltskontrolle ausschließen möchten.

Wiederum alternativ bietet sich bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens in der Schweiz schließlich folgende Klauselgestaltung an:

---

<sup>540</sup> Formulierungsvorschlag nach Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1174.

<sup>541</sup> In Anlehnung an die Empfehlung zur individuellen Ergänzung der Musterschiedsvereinbarung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS), aus MÜKO/Münch, Vorb. Zu §§ 1025 ff. ZPO, Rn. 83.

*„Dieser Vertrag unterliegt den Vorschriften des Schweizer Rechts. Sämtliche Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit diesem Vertrag sind unter Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch ein Schiedsgericht mit dem Sitz in Zürich zu entscheiden.“*

## **II. Modifizierte Anwendung der §§ 305 – 310 BGB**

Neben einer solchen Möglichkeit der Abwahl des gesamten AGB-Rechts besteht selbstverständlich auch jene der Modifikation des Kontrollmaßstabs der §§ 305 – 310 BGB. So können die Parteien auf diesem Wege den benannten Problemfeldern im Bereich des AGB-Rechts begegnen und beispielsweise das Merkmal des „Aushandelns“ präzise definieren und den Gegebenheiten und Anforderungen der unternehmerischen Geschäftsverkehrs anpassen. Dazu ist beispielsweise folgende Klausel denkbar:

*„Dieser Vertrag unterliegt den Vorschriften deutschen Rechts. § 305 Abs.1 S. 3 BGB findet mit der Maßgabe Anwendung, dass keine AGB vorliegen, wenn die betreffende Vertragsklausel zwischen den Parteien verhandelt wurde.“<sup>542</sup>*

Selbstverständlich sind hier mannigfaltige vertragliche Konstruktionen zur Modifikation der Regelungsbereiche der §§ 305 – 310 BGB denkbar, stets vorausgesetzt, die Klausel berücksichtigt den Wirksamkeitsmaßstab des § 242 BGB.

---

<sup>542</sup> Formulierungsvorschlag angelehnt an Pfeiffer, NJW 2012, 1169, 1174.

## F. Zusammenfassung

Alldem folgend ist festzuhalten, dass das deutsche Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus Sicht juristischer und ökonomischer Praxis eine der wesentlichsten und weitreichendsten Einschränkungen der Privatautonomie und Vertragsfreiheit des deutschen Rechts darstellt.<sup>543</sup> Vornehmlich das Nichterfüllen der von der Rechtsprechung gesetzten Anforderungen an ein individuelles Aushandeln bei Vertragsschlüssen im Rahmen von „Packet-Lösungen“, die Notwendigkeit der Dokumentation von Vertragsverhandlungen zum Versuch des Nachweises eines ernsthaften „Zur-Disposition-Stellens“ als auch insgesamt aufwändige Vertragsverhandlungen um letztlich dennoch ein Restrisiko der AGB-Widrigkeit einer Klausel nicht ausschließen zu können, stellen erhebliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit im unternehmerischen Geschäftsverkehr dar.<sup>544</sup> Die „Gleichschritt-Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofes mit der Folge der beizumessenden Indizwirkung der Unwirksamkeit einer AGB-Klausel im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB bei Verstoß gegen ein Klauselverbot der §§ 308, 309 BGB trägt wie aufgezeigt ihr Übriges zur Unattraktivität des deutschen AGB-Rechts bei, macht sie doch eine wirksame Vereinbarung formularmäßiger Haftungsbegrenzungs- und -freizeichnungsklauseln nahezu unmöglich.<sup>545</sup>

Dies verbunden mit der Annahme der Anwendung von AGB als Regelfall eines Vertragsschlusses im Unternehmerverkehr, blickend auf einen stetig zunehmenden Niederschlag des Verbraucherschutzgedankens in der Regelungssystematik des BGB, dem Folgend der kontinuierlich abnehmenden Reformwahrscheinlichkeit des geltenden AGB-Rechts „im Interesse“ der Bedürfnisse unternehmerischer Vertragspraxis wodurch eine Lösung der aufgezeigten Probleme auch die *lege ferenda* nicht absehbar ist, lässt die Findung eines geeigneten Lösungsweges über eine *de lege lata* nicht gegebene Anpassungsmöglichkeit der Intensität der generell gebotenen AGB-

---

<sup>543</sup> aaO. S. 1 f.

<sup>544</sup> Vgl. aaO. 9 ff.

<sup>545</sup> aaO. S. 25 ff.

Inhaltskontrolle auf die Interessen der unternehmerischen Vertragspraxis im Einzelfall indes von höchster Brisanz und Aktualität erscheinen.

Trotz der dem folgenden in jüngerer Zeit anhaltenden Kritik an den zugrunde liegenden, mit den „Bedürfnissen“ unternehmerischer Vertragspraxis nicht in Einklang zu bringenden, Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an das Kriterium des individuellen Aushandelns i.S.d. § 305 Abs. 2 Satz 2 BGB sowie die Indizwirkung der Klauselkataloge der §§ 308, 309 BGB im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB vermögen die bestehenden Meinungsansätze in der Literatur dennoch keinen überzeugenden Lösungsweg anzubieten.<sup>546</sup>

Der Weg der Abwahl der §§ 305 – 310 BGB im Rahmen einer Schiedsvereinbarung kann jedoch ein Mittel sein, entgegen und trotz dessen den Bedürfnissen der unternehmerischen Vertragspraxis entsprechende AGB-rechtliche Vertragsgestaltungen zu ermöglichen, ohne an der Wirksamkeitshürde des deutschen AGB-Rechts scheitern zu müssen.

Wie festgestellt werden kann, steht einer Abwahl der §§ 305 – 310 BGB dabei nicht entgegen, dass es sich um positives nationales Recht handelt, welches bereits nach seiner Rechtsnatur auch im reinen Unternehmerverkehr einer negativen Rechtswahl nicht zugänglich sein kann. Die Verbindung einer betreffenden Rechtswahl mit einer Schiedsvereinbarung kann den Parteien selbiger dies, vorstehendem Grundsatz entgegen, wie dargestellt ermöglichen.

Zwar vermag eine kollisionsrechtliche Rechtswahl aufgrund der Einschränkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO grundsätzlich auch zwischen Unternehmern keine Abwahl zwingenden nationalen Rechts zu ermöglichen, mit dem der betreffende Sachverhalt ausschließlich verbunden ist.<sup>547</sup> Der Grundsatz der Begrenzung der Rechtswahlfreiheit durch das Einbettungsstatut gilt wie aufgezeigt aber nur in Verfahren, in denen im Streitfall staatliche Gerichte zur Entscheidung berufen sind, uneingeschränkt. Verbinden die Parteien hingegen

---

<sup>546</sup> aaO. S. 49 f.

<sup>547</sup> Vgl. aaO. S. 61 ff.

die Rechtswahl mit einer Schiedsvereinbarung, kann auch ohne originären Auslandsbezug eine Abweichung von zwingendem nationalen Recht möglich sein; das angerufene Schiedsgericht ist mithin nicht gleichsam eines staatlichen Gerichts den Einschränkungen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO unterworfen.

So ermöglicht § 1051 Abs. 1 ZPO, anders als die für Verfahren vor staatlichen Gerichten geltende Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO, bereits die Wahl von Rechtsvorschrift, beschränkt die Parteien somit nicht auf die Wahl einer Rechtsordnung „Als Ganzes“. Damit wird bereits hier eine größere Reichweite der zulässigen privatautonomen Bestimmung des anwendbaren Rechts zugelassen, als im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO.<sup>548</sup> Diesen Ansatz weiterführend muss § 1051 Abs. 1 ZPO es den Parteien auch ermöglichen, in ihrer Rechtswahl auch von zwingendem inländischen Recht abzuweichen und dies – anders als Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO auch in reinen Inlandsfällen.

Zwar folgt dies nicht bereits der Regelung des Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO, nach deren Wortlaut Schieds- und Gerichtsvereinbarungen vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen sein sollen. Wie festgestellt werden kann, ist vielmehr mit Blick auf die Materialien zur Rom I-VO sowie den systematischen Zusammenhang zur Rom II-VO eine einschränkende Auslegung der Norm geboten, die im Ergebnis gerade keine Ausnahme hinsichtlich des im Rahmen der Schiedsvereinbarung auf den Hauptvertrag als anwendbar bezeichneten Rechts vom Anwendungsbereich der Verordnung bestimmt, sondern sich auf das Schiedsvereinbarungsstatut beschränken muss.<sup>549</sup> Allerdings steht danach auch nur fest, dass Art. 1 Abs. 2 e) Rom I-VO eine Anwendbarkeit der Vorschriften der Verordnung bzgl. der Frage des auf den Hauptvertrag anwendbaren Rechts nicht von vorneherein ausschließt – eine Begründung der Nichtanwendbarkeit der die Rechtswahlbefugnis der Parteien einschränkenden Vorschrift des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist dem jedoch nicht zu entnehmen. Wie festgestellt werden muss, kann eine Nichtanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO auf die Rechtswahl im Schiedsverfahren auch nicht der

---

<sup>548</sup> Vgl. umfassend aaO. S. 90 f.

<sup>549</sup> Vgl. aaO. S. 98.



Gesetzesbegründung zu § 1051 ZPO entnommen werden, wenn sich dieser jedoch gewichtige Indizien dafür entnehmen lassen müssen.<sup>550</sup>

Unausweichlich gebietet sich ein solches indes aus der Norm selbst – zeigt doch bereits der Wortlaut des § 1051 Abs. 1 ZPO, dass der Gesetzgeber die Parteien eines Schiedsverfahrens bei ihrer Rechtswahl gerade nicht an die für staatliche Gerichte geltenden Grenzen hat binden wollen. § 1051 ZPO weicht vielmehr in vielfacher Hinsicht von den entsprechenden kollisionsrechtlichen Vorschriften der staatlichen Gerichtsbarkeit ab: Befugnis zur Wählbarkeit nicht-staatlichen Rechts, des anwendbaren IPR, insbesondere die Befugnis zur Ermächtigung des Schiedsgerichts zur Entscheidung nach Billigkeit. Zudem fordert der Wortlaut des § 1051 ZPO als Tatbestandsmerkmal einer uneingeschränkten Rechtswahl – entgegen der sonst üblichen Rechtsetzungspraxis des Gesetzgebers – gerade keinen Auslandsbezug.<sup>551</sup> Bestätigt findet sich dieses Ergebnis schließlich auch in den der Neufassung des geltenden § 1051 ZPO zugrunde gelegenen Annahmen des Kommissionsentwurfs und trägt einzig dem gesetzgeberischen Ziel der Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit Rechnung. Wie aufgezeigt lässt sich dieses Ergebnis des Weiteren auch in rechtsvergleichender Hinsicht einer Bestätigung zuführen, entspricht vorstehende Auffassung beispielhaft den entsprechenden Regelungen der niederländischen, französischen und italienischen Rechtssetzung.<sup>552</sup>

Weiter gehend konnte festgestellt werden, dass in den Regelungen des 10. Buches der ZPO zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertungen – namentlich die Befugnis der Parteien eines Schiedsverfahrens, das Schiedsgericht nach § 1051 Abs. 3 ZPO zu Billigkeitsentscheidungen zu ermächtigen sowie die gesetzgeberisch gesetzte Grenze der Wirksamkeit eines Schiedsspruchs bei Verstoß gegen den Ordre Public – nur dann erklärbar sein können, räumt man den Parteien auch eine Abweichungsbefugnis von

---

<sup>550</sup> aaO. S. 102.

<sup>551</sup> Vgl. umfassend aaO. S. 102 ff.

<sup>552</sup> aaO. S. 108.

zwingendem nationalen Recht in reinen Inlandsfällen ein<sup>553</sup>; was mangels Umgehungshandlung auch keine unzulässige Gesetzesumgehung darstellt.<sup>554</sup>

Darüber hinaus steht auch die Vorschrift des Art. 9 Rom I-VO Vertragsgestaltungen vorgenannter Art nicht entgegen, handelt es sich bei den §§ 305 – 310 BGB doch nicht um Eingriffsnormen in diesem Sinne – weder singulär, noch bei Betrachtung als zusammen gesetzte Eingriffsnorm i.V.m. Art. 3 Abs. 3 Rom I- VO.<sup>555</sup>

Schließlich ist festzuhalten, dass ein auf Grundlage einer solchen zulässigen Rechtswahl ergangener Schiedsspruch auch den Anforderungen der Ordre-Public-Kontrolle im Anerkennungs- und/oder Vollstreckungsverfahren standzuhalten in der Lage ist.<sup>556</sup>

Zusammenfassend muss daher für den Bereich der Rechtswahl der Parteien eines Schiedsverfahrens ein eigenes Sonderkollisionsrecht unabhängig der Grenzen der Rom I-VO Geltung beanspruchen. Dieses gebietet eine frei von den Beschränkungen des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO bestehende Rechtswahlbefugnis der Parteien, die es bei Vereinbarung eines deutschen Schiedsortes im Rahmen des sodann einschlägigen § 1051 Abs. 1 ZPO auch in reinen Inlandsfällen zulässt, von zwingendem nationalen Recht abzuweichen, dessen Anwendung zu modifizieren oder eine andere Rechtsordnung als anwendbar zu bestimmen.

Im Rahmen der Vertragsgestaltung ist dabei zu beachten, dass zur Vermeidung einer u.U. auch nach dem Maßstab des § 242 BGB unwirksamen, da überraschenden, Klausel die betreffende Rechtswahl entweder individualvertraglich oder im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter ausdrücklicher textlicher Hervorhebung, idealerweise in Kombination mit einer Bestätigung des anderen Teils über die Zur-Kenntnisnahme der Klausel, erfolgt.<sup>557</sup>

---

<sup>553</sup> Vgl. aaO. S. 126.

<sup>554</sup> Vgl. aaO. S. 127 f.

<sup>555</sup> Umfassend aaO. S. 66 ff.

<sup>556</sup> Umfassend aaO. S. 138.

<sup>557</sup> aaO. S. 143 ff.

Darüber hinaus kann festgestellt werden, dass auch hinsichtlich einer entsprechenden Schiedsvereinbarung selbst keine Wirksamkeitsbedenken durchgreifen. Auch wenn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes einer Schiedsvereinbarung die Wirksamkeit versagt werden kann, wenn durch sie Abweichungen von den Schutzgarantien des AGB-Rechts zu befürchten sind, was vorstehend gar vertragsgestalterisches Ziel ist, auch wenn diese Wirkung nicht unmittelbar durch die Schiedsvereinbarung erzeugt, sondern durch die Kombination mit der Rechtswahlklausel betreffend des Hauptvertrags herbeigeführt wird. Die Lösung auch dieser Problematik lässt sich wie aufgezeigt jedoch über den Weg der Anpassung des Schiedsvereinbarungsstatuts finden – die Wahl eines Schiedsvereinbarungsstatuts, welches einen Prüfungsmaßstab setzt, der eine Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung in Konstellationen vorliegender Art zulässt. Aufgrund der aus den Wertungen des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 a) ZPO folgenden Rechtswahlfreiheit und der dem wiederum folgenden nur subsidiären Geltung deutschen Rechts in Fällen ohne Wahl des Schiedsvereinbarungsstatuts, steht es den Parteien frei, auch das Schiedsvereinbarungsstatut frei zu bestimmen.<sup>558</sup> Damit ist einzig konsequent auch diesbezüglich die Möglichkeit zur Abwahl der hinsichtlich der Wirksamkeit den problematischen Prüfungsmaßstab setzenden §§ 305- 310 BGB gegeben.

Unabhängig dieses Weges steht den Parteien schließlich auch die Wahl eines ausländischen Schiedsortes offen, auch in reinen Inlandsfällen. Auch diesbezüglich vermögen sich Wirksamkeitsbedenken nicht vertretbar zu begründen. Am Beispiel eines Schiedsortes in der Schweiz kann belegt werden, dass auch in derlei Konstellationen Rechtswahl und Schiedsvereinbarung wirksam möglich und darauf beruhende Schiedssprüche in der Bundesrepublik vollstreckbar sind.<sup>559</sup> Da die Frage der Wirksamkeit einer entsprechenden Vertragsgestaltung grundsätzlich dem Recht am Schiedsort folgt, ist dem eine Verallgemeinerungsfähigkeit schließlich nicht zu entnehmen, ausschlaggebend ist die Maßgabe des Rechts am Schiedsort. Dennoch kann bei Wahl eines

---

<sup>558</sup> Vgl. umfassend aaO. S. 149 ff.

<sup>559</sup> aaO S. 167 ff.

geeigneten Schiedsortes auch dieser Weg den Parteien eine Umgehungsmöglichkeit der Einschränkung des deutschen Rechts der §§ 305 – 310 BGB bieten.

Dem abschließend in Betracht gezogenen Weg einer Wahl ausländischen Schiedsverfahrensrechts bei deutschem Schiedsort muss schließlich aufgrund der bei deutschem Schiedsort zwingenden Geltung deutschen Schiedsverfahrensrechts in aller Kürze eine Absage erteilt werden.<sup>560</sup>

Allumfassend ermöglicht der aufgezeigte Weg somit wirksame Vertragsgestaltungen der Wahl einer ausländischen Rechtsordnung unter gänzlicher Abwahl auch der zwingenden Bestimmungen des deutschen Rechts, die Wahl deutschen Rechts mit Ausnahme einzelner zwingender Bestimmungen nach Maßgabe der Parteien als auch Bestimmungen zur Anwendbarkeit zwingender Bestimmungen in modifizierter Form.

---

<sup>560</sup> Vgl. aaO. S. 169 f.

## G. Schlussbetrachtung

Mit einer Abwahl der §§ 305 – 310 BGB bzw. deren modifizierte Anwendung im Rahmen einer Schiedsvereinbarung kann den Bedürfnissen unternehmerischer Vertragspraxis nach einer flexibleren und den Interessen der wirtschaftlichen Praxis angemesseneren AGB-Inhaltskontrolle Rechnung getragen werden. Dabei wird ein solcher Weg insbesondere gegenüber anderen Lösungsansätzen den entscheidenden Vorteil einer Nichtnotwendigkeit der „Flucht“ in eine andere Rechtsordnung bieten und den Parteien in nationalen Rechtsstreitigkeiten ermöglichen können, „in bekannten Gewässern zu segeln“. Dies kann Kosten-, Zeit- und Ressourcenschonung im Vergleich zur Wahl einer ausländischen Rechtsordnung ermöglichen, die sich u.U. noch durch die Anrufung des Schiedsgerichts verstärken, wollte man derlei Vorteile eines Schiedsverfahrens annehmen.

Von besonderem Gewicht ist zudem, dass der hier aufgezeigte Ansatz den zugrunde liegenden (Vertrags-)Sachverhalt gänzlich dem Regelungskomplex der §§ 305 – 310 BGB zu entziehen vermag und sich daher, im Gegensatz zu sämtlich anderen Lösungsansätzen im Schrifttum, weder auf eine Lösung unter Voraussetzung der Änderung der herrschenden Rechtsprechung oder de lege ferenda beschränken, noch in wenig praktikablen Lösungsansätzen zu einzelnen Problempunkten im Regelungskonzept der §§ 305 – 310 BGB zu ergeben gezwungen ist.

Wie aufgezeigt stehen einer solchen Konstellation keine dogmatischen Bedenken entgegen, beachtete man die ausgeführten Bedingungen und Einschränkungen. Die Vertragspartner bewegen sich innerhalb der zulässigen Grenzen ihrer Privatautonomie. Es zeigt sich ein Weg, ein Instrument zur Sicherung der Bedürfnisse der alltäglichen unternehmerischen Vertragspraxis, von der Privatautonomie der Parteien gestützt und (daher) gleichsam den Schutzzweck des AGB-Rechts wahrend.

Auch steht den Parteien grundsätzlich die Wahl ausländischen Sachrechts bei inländischem Schiedsort offen. Allerdings sind die Fragen der Wirksamkeit der

entsprechenden vertraglichen Abreden in diesen Fällen stets vom Einzelfall, da vom jeweilig gewählten Recht vorgegebenen Wirksamkeitsmaßstab abhängig.

Alternativ bietet sich den Parteien schließlich die Möglichkeit der Umgehung der §§ 305 – 310 BGB im Wege der Vereinbarung eines Schiedsverfahrens vor einem Schiedsgericht mit dem Sitz im Ausland unter Vereinbarung ausländischen Sachrechts. Am Beispiel des Schweizer Obligationenrechts konnte aufgezeigt werden, dass eine entsprechende Rechtswahl in Kombination mit einer Schiedsvereinbarung durchaus wirksam sein kann. Insbesondere entgegen erstgenannter Konstellation mögen dabei von den Parteien gar weniger rechtliche „Hürden“ zu nehmen sein müssen. Dies folgt freilich den in dieser Hinsicht im Gegensatz zum deutschen Recht „liberaleren“ einschlägigen Vorschriften, deren Wahl im jeweiligen Einzelfall voraus gesetzt. Fraglich wird dabei aber bleiben, ob eine solche Vertragskonstellation gleichermaßen den tatsächlichen Interessen der Parteien an einer rechtssicheren und kostengünstigen Streitbeilegung entspricht. In diesem Zusammenhang wird die zugrunde liegende Wahl Schweizer Rechts als auch des Schweizer Schiedsortes doch zumindest die Kenntnis des Schweizer Rechts erfordern. Gleiches gilt für die Wahl ausländischen Sachrechts bei deutschem Schiedsort. Allein dies wird für die Parteien zwangsläufig mit Mehraufwendungen verbunden sein als eine Verfolgung von Ansprüchen vor einem deutschen Schiedsgericht unter Zugrundelegung deutschen Rechts. Vorzüge letztgenannter Alternativen vermögen demnach insgesamt mitunter in rechtlicher Hinsicht zu erblicken, die einhergehenden tatsächlichen Nachteile aber wohl nur schwerlich zu kompensieren in der Lage sein.

Aber auch der damit aufgezeigte Lösungsweg darf abschließend nicht gänzlich unkritisch betrachtet bleiben. Zwar steht den Parteien damit eine Möglichkeit der Umgehung der problematischen AGB-rechtlichen Vorschriften im Einzelfall offen. Dies jedoch unter der Prämisse der Anrufung eines Schiedsgerichtes. Wie aufgezeigt sind Verfahren vor Schiedsgerichten aber nicht zwingend nur mit Vorteilen für die anrufenden Parteien verbunden. Zudem dürften Schiedsverfahren insbesondere in rein innerstaatlichen

Sachverhaltskonstellationen, im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit, nach wie vor eine untergeordnete Rolle spielen. Eine Anrufung staatlicher Gerichte bleibt den Parteien in vorliegender Konstellation jedoch verwehrt.

Auch wenn die Frage nach einer Reform der §§ 305 – 310 BGB nicht zuletzt aus diesem Grunde nach wie vor von entscheidender Aktualität bleibt, lässt sich über die vorstehend aufgezeigten Vertragsgestaltungen somit de lege lata ein praktikabler Weg aufzeigen, den Problemen des deutschen AGB-Rechts für den unternehmerischen Geschäftsverkehr zu begegnen.

## Literaturverzeichnis

- Acker, Wendelin/ Bopp, Claudia „Führt eine zu enge Anwendung des AGB-Rechts zu Nachteilen unserer Rechtsordnung im internationalen Rechtsverkehr“, in: Baurecht 2009, S. 1040 – S. 1049.
- Adams, Michael „Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes – Verträge bei asymmetrischer Information“ in: Betriebs-Berater, Zeitschrift für Recht und Wirtschaft 1989, S. 781 – S. 788.
- Aden, Menno „Rechtswahl und Schiedsklausel im Verbraucherschutz“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1997, S. 723 – S. 727.
- Bärmann, Johannes „Schiedsfähigkeit“, in: Bökelmann, Erhard/ Henckel, Wolfram/ Jahr, Günther (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Weber, Berlin/New York 1975.
- Bamberger, Heinz Georg/  
Roth, Herbert Beck'scher Online-Kommentar BGB, 40. Ed., 2016.
- Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 01.05.2016,
  - Verordnung über vertragliche Schuldverhältnisse (Rom I-VO) - VO (EG) 293/2008, Stand: 11.08.2016.
- Bastian, Günther/  
Böhm, Klaus R. „Schutz der Kaufleute vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, in: Betriebs-Berater 1974, S. 110 – S. 113.
- Baumbach, Adolf/  
Lauterbach, Wolfgang/  
Albers, Jan/ Hartmann, Peter Zivilprozessordnung Kommentar, Band 1, 7. Aufl., München 2012.
- Baumer, J. Andreas „Abschlusskontrolle bei Rechtswahlvereinbarungen“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1997, S. 805 – S. 810.



Bechte, Diana	„Einführung in das Schiedsverfahrensrecht“, in: Zeitschrift für das Juristische Studium 2011, S. 307 – 314.
Benecke, Martina	Gesetzesumgebung im Zivilrecht, Tübingen 2004.
Berger, Bernhard/ Kellerhals, Franz	Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern/Wien 2006.
Berger, Klaus Peter	„Herausforderungen für die (deutsche) Schiedsgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2009, S. 289 – S. 299.
Derselbe	„Aushandeln von Vertragsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr – Stellen, Handeln, Behandeln, Verhandeln, Aushandeln...?“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 2152 – S. 2154.
Derselbe	„Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1994, S. 12 – S. 18.
Derselbe	Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, Berlin 1992.
Berger, Klaus Peter/ Kleine, Lucas	„AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, in: Betriebs-Berater 2007, S. 2137 – S. 2141.
Beulker, Jette	Die Eingriffsnormenproblematik on internationalen Schiedsverfahren, Tübingen 2005.
Böckstiegel, Karl-Heinz	„Die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland – Standort und Stellenwert“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2009, S. 3 – 8.

- Derselbe „Die Anerkennung der Privatautonomie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit“, in: Geimer, Reinhold (Hrsg.), „Wege zur Globalisierung des Rechts, Festschrift für Rolf A. Schütze, München 1999.
- Derselbe „Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren“, in: Festschrift für Günther Beitzke, Berlin 1979, S. 443 – S. 458.
- Brachert, Sebastian/  
Dietzel, Andreas „Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht“, in: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2005, S. 441.
- Brödermann, Eckart „Paradigmenwechsel im Internationalen Privatrecht – Zum Beginn einer neuen Ära seit 17.12.2009, in: Neue Juristische Wochenschrift 2010, S. 807 – S. 812.
- Brox, Hans/  
Walker, Wolf-Dietrich Allgemeines Schuldrecht, 40. Aufl., München 2016.
- Canaris, Claus-Wilhelm „Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht“, in: Juristenzeitung 1987, S. 993 – 1040.
- Classen, Claus Dieter „Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit“, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2014, S. 611 – S. 616.
- Derselbe in: von Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3 – Art. 83-146, 6. Aufl., München 2010.

Dauner-Lieb, Barbara	„Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuss?, in: Juristenzeitung 2001, S. 8 – S. 18.
Dieselbe/ Heidel, Thomas/ Ring, Gerhard	Anwaltkommentar BGB, Band 1: Allgemeiner Teil mit EGBGB, Bonn 2005.
Diedrich, Frank	„Rechtswahlfreiheit und Vertragsstatut – eine Zwischenbilanz angesichts der Rom I-Verordnung“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 2009, S. 378 – S. 385.
Dreier, Horst	Grundgesetz Kommentar, Band II Artikel 20 – 82, Tübingen 1998.
Drobnig, Ulrich	„Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsrechtliche Eingriffsnormen“, in: Musielak, Hans-Joachim/ Schurig, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Kegel, Stuttgart 1987.
Drygala, Tim	„Die Reformdebatte zum AGB-Recht im Lichte des Vorschlags für ein einheitliches europäisches Kaufrecht“, in: Juristenzeitung 2012, S. 983 – S. 992.
Dütz, Wilhelm	Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Bad Homburg v.d.H. 1970.
Englert, Klaus/ Fuchs, Bastian/ Schalk, Günter/ Schwartz, Elke	in: Kuffer, Johann/ Wirth, Axel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 4. Aufl., Köln 2013.
Erman, Walter	Westermann, Peter/ Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  - Band I, 14. Aufl., Köln 2014, - Band II, 14. Aufl., Köln 2014.
Fastrich, Lorenz	Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992.
Fawcett, James/ Carruthers, Janeen M./ North, Peter	Cheshire, North & Fawcett: Private International Law, 14. Ed., Oxford 2008.

Ferrari, Franco/ Kieninger, Eva-Maria/ Mankowski, Peter	Internationales Vertragsrecht, Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ - Kommentar, 2. Aufl., München 2012.
Gamillscheg, Franz	Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht“, in: Archiv für civilistische Praxis 157 (1958/1959), S. 303 – S. 341.
Gebauer, Martin/ Wiedmann, Thomas	Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl., Stuttgart 2010.
Geimer, Reinhold	in: Zöller Zivilprozessordnung, mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 30. Aufl., Köln 2014.
Gentinetta, Jörg	Die Lex Fori Internationaler Handelsschiedsgerichte, Bern 1973.
Glossner, Ottoarndt/ Bredow, Jens/ Bühler, Michael	Das Schiedsgericht in der Praxis, 3. Aufl., Heidelberg 1990.
Graf von Westphalen, Friedrich	„AGB-Recht im Jahr 2013“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 2242 – S. 2250.
Derselbe	„AGB-Recht im Jahr 2012“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2013, S. 2239 – S. 2248.
Derselbe	„AGB-rechtliche Reformbestrebungen und das Europäische Kaufrecht“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 893 – S. 894.
Derselbe	„AGB-rechtliche Schutzschranken im unternehmerischen Verkehr“, in: Betriebs-Berater 2011, S. 195 – S. 200.
Derselbe	„Stellen vs. Aushandeln von AGB-Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr – der BGH weist die Lösung“, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2010, S. 1110 – S. 1115.

- Derselbe „Wider die angebliche Unattraktivität des AGB-Rechts“, in: Betriebs-Berater 2010, S. 195 – S. 202.
- Derselbe „Wider eine Reform beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2009, S. 2977 – S. 2981.
- Derselbe „30 Jahre AGB-Recht – Eine Erfolgsbilanz“, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, S. 149 – S. 158.
- Derselbe „Fallstricke bei Verträgen und Prozessen mit Auslandsberührung“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 2113 – S. 2120.
- Derselbe „Grenzziehung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarung“, in: Der Betrieb 1977, S. 943 – S. 947.
- Graf von Westphalen, Friedrich/  
Thüsing, Gregor Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 38 EL., München 2016.
- Grimm, Alexander “Applicability of the Rome I and II Regulations to International Arbitration”, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2012, S. 189 – S. 200.
- Grunsky, Wolfgang „Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft“, in: Betriebs-Berater 1971, S. 1113 – S. 1118.
- Gusy, Christoph „Richterrecht und Grundgesetz“, in: Die Öffentliche Verwaltung 1992, S. 461 – S. 470.
- Derselbe „Der Vorrang des Gesetzes“, in: Juristische Schulung 1983, S. 189 – S. 194.
- Habscheid, Walther J. „Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit“, in: Juristen Zeitung 1998, S. 445 – S. 451.

Handorn, Boris	Das Sonderkollisionsrecht der deutschen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – Zur Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts gemäß § 1051 Abs. 1 und 2 Zivilprozessordnung.
Hanefeld, Inka	„Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, in: Zeitschrift für das Schiedsverfahren 2005, S. 217 – S. 229.
Hamann, Hartmut/ Lennarz, Thomas	„Sieben Regeln für eine schnelle, einfache und gute Schiedsklausel“, in: Betriebs-Berater 2007, S. 1009 – S. 1012.
Derselbe	„Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1962, S. 5 – S. 12.
Hartenstein, Olaf	„Das IPR der Schiedsgerichte (§ 1051 ZPO)“, in: Transportrecht 2010, S. 261 – S. 268.
Hausmann, Rainer	„Anwendbares Recht vor deutschen und italienischen Schiedsgerichten – Bindung an die Rom I-Verordnung oder Sonderkollisionsrecht?“, in: Kronke, Herbert/ Thorn, Karsten (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, S. 971 – S. 986.
Heini, Anton	„Randfragen der Rechtsanwendung durch internationale Schiedsgerichte“, in: Hohloch, Gerhard/ Frank, Rainer/ Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll, Tübingen 2001, S. 619 – S. 624.
Heinrichs, Helmut	„Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1977, S. 1505 – S. 1509.

- Hellwege, Phillip Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 2010.
- Hensen, Horst-Diether „Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 1986 – S. 1988.
- Herberger, Maximilian/ Martinek, Juris Praxiskommentar BGB,  
Michael/ Rüßmann, Helmut/ - Band 2, 7. Aufl., 2014,  
Weth, Stephan, - Band 6 Internationales Privatrecht, 7.  
Aufl. 2014.
- Hilbig, Katharina „Absoluter Verbraucherschutz bei unzulässigen AGB-Schiedsvereinbarungen“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2010, S. 74 – S. 81.
- Honsell, Heinrich/  
Vogt, Nedim Peter/  
Schnyder, Anton K./  
Berty, Stephen V. Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013.
- Hofmann, Olaf/ Frikell, Eckhard/ Unwirksame Bauvertragsklauseln, 12. Aufl.,  
Schwamb, Thomas Stamsried 2015.
- Hoffmann, Hermann/  
Stegemann, Lars „Die Parteiautonomie im internationalen Schuldvertragsrecht“, in: Juristische Schulung 2013, S. 207 – S. 210.
- Horn, Norbert „Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien. Elemente eines internationalen ordre public“, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1980, S. 423 – S. 454.
- Derselbe „Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren, 2008, S. 209 – S. 221.

- Huster, Stefan/ Rux, Johannes in: Epping, Volker/ Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 27. Ed. – Stand 01.12.2015, München 2016.
- Jacoby, Florian/ von Hinden, Michael Bürgerliches Gesetzbuch, 15 Aufl., München 2015.
- Jaeger, Wolfgang „„Stellen“ und „Aushandeln“ vorformulierter Vertragsbedingungen“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1979, S. 1569 – S. 1575.
- Jayme, Erik „Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln“, in: Pfister, Bernhard/ Will, Michael R. (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz, Tübingen 1991, S. 435 – S. 439.
- Derselbe/ Kohler, Christian Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1991 – Harmonisierungsmodell oder Mehrspurigkeit des Kollisionsrechts, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1991, 361 – 369.
- Junker, Abbo „Deutsche Schiedsgerichte und Internationales Privatrecht (§ 1051 ZPO)“, in: Berger, Klaus Peter/ Ebke, Werner F./ Elsing, Siegfried/ Großfeld, Bernhard/ Kühne, Gunther, Festschrift für Otto Sandrock, Heidelberg 2000, S. 443 – S. 464.
- Derselbe „Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen – Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht“, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1993, S. 1 – S. 10.
- Kappus, Andreas „„Lex mercatoria“ als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht“, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1993, S. 137 – S. 142.



- Kaufhold, Sylvia „AGB-Anschein trotz Verhandlungsbestätigung – Ist der Individualvertrag für den Unternehmerverkehr noch zu retten?“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 3488 – S. 3492.
- Dieselbe „„Echte“ und „unechte“ AGB in der Klauselkontrolle, in: Betriebs-Berater 2012, S. 235 – S. 1241.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle/  
Stucki, Blaise International Arbitration in Switzerland, Zürich 2004.
- Kegel, Gerhard/ Schurig, Klaus Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004.
- Kessel, Christian/  
Stomps, Andreas „Haftungsklauseln im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen – Plädoyer für eine Änderung der Rechtsprechung“, in: Betriebs-Berater 2009, S. 2666 – S. 2675.
- Kessel, Christian/  
Jüttner, Andreas „Der Vorbehalt der Individualabrede im unternehmerischen Geschäftsverkehr – Zur Abgrenzung von Individualvereinbarung und AGB“, in: Betriebs-Berater 2008, S. 1350 – S. 1355.
- Kieninger, Eva-Maria „AGB-Kontrolle von grenzüberschreitenden Geschäften im unternehmerischen Verkehr“, in: Jung, Peter/ Lamprecht, Philipp/ Blasek, Katrin/ Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht – Festschrift für Uwe Blaurock, Tübingen 2013.
- Kindler, Peter „Zur Anknüpfung von Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträgen im neuen bundesdeutschen IPR“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1987, S. 660 – S. 666.

- Kirchhof, Paul „Richterliche Rechtsfindung, gebunden an „Gesetz und Recht“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1986, S. 2275 – S. 2280.
- Klingel, Katharina Die Principles of European Law on Personal Security als neutrales Recht für internationale Bürgschaftsverträge, Tübingen 2009.
- Klose, Bernhard in: Motzke, Gerd/ Bauer, Günther/ Seewald, Thomas M. A. (Hrsg.), Prozesse in Bausachen, Baden-Baden, 2009.
- Koch, Raphael „Das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr: Zu viel des Guten oder Bewegung in die richtige Richtung?“, in: Betriebs-Berater 2010, S. 1810 – S. 1815.
- Kohler, Klaus Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft, Berlin 1967.
- Köhler, Helmut BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl., München 2016.
- König, Ute „Zur Bestimmung des Schiedsvereinbarungsstatuts bei fehlender Gesetzesgrundlage nach Inkrafttreten der Rom I-Verordnung“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2012, S. 129 – S. 133.
- Kötz, Hein „Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze“, in: Juristische Schulung 2003, S. 209 – S. 214.
- Kollmann, Andreas „AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis“, in: Neue Juristische Online Zeitschrift 2011, S. 625 – S. 629.
- Kondring, Jörg „Flucht vor dem deutschen AGB-Recht bei Inlandsverträgen“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 2010, S. 184 – S. 191.

- Korbion, Hermann/  
Locher, Horst/ Sienz, Christian AGB und Bauerrichtungsverträge, 4. Aufl.,  
Neuwied 2006.
- Kornblum, Udo Probleme der schiedsrichterlichen  
Unabhängigkeit, München 1968.
- Kniffka, Rolf/ Koeble, Wolfgang Kompendium des Baurechts, 4. Aufl.,  
München 2014.
- Koussoulis, Stelios „Zur Dogmatik das auf die  
Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts“,  
in: Bachmann, Birgit/ Breidenbach,  
Stephan/ Coester-Waltjen, Dagmer/ Heß,  
Burkhard/ Nelle, Andrea/ Wolf, Christian  
(Hrsg.), Grenzüberschreitung Festschrift  
für Peter Schlosser, Tübingen 2005, S. 415 –  
S. 427.
- Kreindler, Richard H./  
Rust, Oliver in: Beck'sches RechtsanwaltsHandbuch, 10.  
Aufl., München 2011, § 7, Rn. 48 – 60.
- Kreindler, Richard H./  
Schäfer, Jan K./Wolff, Reinmar Schiedsgerichtsbarkeit Kompendium für  
die Praxis, Frankfurt am Main 2006.
- Kröll, Stefan „Die Entwicklung des Schiedsrechts 2007 –  
2008, in: Neue Juristische Wochenschrift  
2009, S. 1183 – S. 1190.
- Kronke, Herbert „Zur Verwendung von Allgemeinen  
Geschäftsbedingungen im Verkehr mit  
Auslandsberührung“, in: Neue Juristische  
Wochenschrift 1977, S. 992 – S. 993.
- Kropholler, Jan Internationales Privatrecht, 6. Aufl.,  
Tübingen 2006.
- Kulpa, Norman Norbert Das anwendbare (materielle) Recht in  
internationalen Handelsschiedsgerichtsver-  
fahren, Frankfurt am Main 2005.
- Lachmann, Jens-Peter/ „Schiedsvereinbarungen im Praxistest, Im  
Blickpunkt:

- Lachmann, Andreas      Formerfordernisse, Einbeziehung und  
Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz“,  
in: Betriebs-Berater 2000, S. 1633 – S.  
1640.
- Lando, Ole      „Conflict-of-Law Rules for Arbitrators, in:  
Bernstein, Herbert/ Drobnig, Ulrich/ Kötz,  
Heinz (Hrsg.), Festschrift für Konrad  
Zweigert, Tübingen 1981, S. 157 – S. 178.
- Derselbe/ Nielsen, Peter Arndt      „The Rome I Regulation“, in: Common  
Market Law Review 45 (2008), S. 1687 – S.  
1725.
- Lehmann, Matthias      „Anwendung des CFR in  
Schiedsverfahren“, in: Schmidt-Kessel,  
Martin (Hrsg.), Der gemeinsame  
Referenzrahmen, München 2009, S. 433 – S.  
455.
- Leible, Stefan      „Privatautonomie und IPR“, in: Mansel,  
Heinz-Peter/ Pfeiffer, Thomas/ Kronke,  
Herbert/ Kohler, Christian/ Hausmann,  
Rainer (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme  
Band I, München 2004, S. 485 – S. 503.
- Derselbe/ Lehmann, Matthias      „Die Verordnung über das auf vertragliche  
Schuldverhältnisses anzuwendende Recht  
(„Rom I“)\“, in: Recht der Internationalen  
Wirtschaft 2008, S. 528 – S. 544.
- Lenkaitis, Karlheinz/  
Löwisch, Stephan      „Zur Inhaltskontrolle von AGB im  
unternehmerischen Geschäftsverkehr –  
Ein Plädoyer für eine dogmatische  
Korrektur“ in: ZIP – Zeitschrift für  
Wirtschaftsrecht 2009, S. 441 –  
S. 450.
- Lepschy, Markus      § 1051 ZPO – Das anwendbare materielle  
Recht in internationalen Schiedsverfahren,  
Frankfurt am Main 2003.

- Lew, Julian D. M. „Proof of Applicable Law in International Commercial Arbitration“, in: Berger, Klaus Peter/ Ebke, Werner F./ Elsing, Siegfried/ Großfeld, Bernhard/ Kühne, Gunther, Festschrift für Otto Sandrock, Heidelberg 2000, S. 581 – S. 601.
- Lionett, Klaus/ Lionett, Annette Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart 2005.
- Lohmann, Arnd Parteiautonomie und UN-Kaufrecht, Tübingen 2005.
- Löwe, Walter „Voraussetzungen für ein Aushandeln von AGB“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1977, S. 1328 – S. 1330.
- Looschelders, Dirk Internationales Privatrecht, Heidelberg 2004.
- Lorenz, Egon „Zum neuen internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht“, in: Musielak, Hans-Joachim/ Schurig, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Kegel, Stuttgart 1987, S. 303 – S. 341.
- Lorenz, Werner „Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit“, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1994, S. 429 – S. 431.
- Derselbe „Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht“, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1987, S. 269 – S. 276.
- Derselbe „Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch“, in: Archiv für die civilistische Praxis 157 (1958/1959), S. 265 – S. 302.

Mäsch, Gerald	Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, Berlin 1993.
Magnus, Ulrich	„Anmerkungen zum sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung“, in: Baur, Jürgen F./ Sandrock, Otto/ Scholtka, Boris/ Shapira, Amos (Hrsg.), Festschrift für Gunter Kühne, Frankfurt am Main 2009, S. 779 – S. 793.
Derselbe	„Die Rom I-VO“, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2010, S. 27 – S. 44.
Maier, Hansjakob	„Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und Eigenhändlers und der ordre public“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1958, S. 1327 – S. 1330.
Mankowski, Peter	„Rom I-VO und Schiedsverfahren“, in: Recht der internationalen Wirtschaft 2011, S. 30 – S. 44.
Derselbe	„Schiedsgerichte und die Verordnungen des europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrechts“, in: Kronke, Herbert/ Thorn, Karsten (Hrsg.), Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren – Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, S. 1012 – S. 1028
Derselbe	„Überlegungen zur sach- und interessensgerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 2003, S. 2 – S. 15.
Derselbe	„Die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts durch das Schiedsgericht“, in: Geimer, Reinhold (Hrsg.), Wege zur Globalisierung des Rechts, Festschrift für Rolf A. Schütze, München 1999.

- Derselbe „Zu einigen internationalprivat- und internationalprozessrechtlichen Aspekten bei Börsentermingeschäften“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1996, S. 1001 – S. 1004.
- Derselbe „Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1993, S. 453 – S. 462.
- Mann, Frederick Alexander „Schiedsrichter und Recht“, in: Jakobs, Heinrich/ Knobbe-Keuk, Brigitte/ Picker, Eduard/ Wilhelm, Jan, Festschrift für Werner Flume, Band I, Köln 1978, S. 593 – S. 619.
- Martiny, Dieter „Die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts durch das Schiedsgericht“, in: Geimer, Reinhold (Hrsg.), Wege zur Globalisierung des Rechts – Festschrift für Rolf A. Schütze, München 1999.
- Maultzsch, Felix „in: Kronke, Herbert/ Thorn, Karsten, Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, S. 304 – S. 318.
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter Herzog, Roman/ Scholz, Rupert/ Herdegen, Matthias/ Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar,  
 - Band III, Art. 16 – 22, 77. EL., München 2016.  
 - Band VI, Art. 86 – 106b, 75. EL., München 2015.
- McGlendon, J. Stewart/  
 Goodman, Rosabel E. Everard International Commercial Arbitration in New York, New York 1986.
- McGuire, Mary-Rose „Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht? Über das Verhältnis zwischen der Rom I-VO und § 1051 ZPO“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2011, S. 257 – S. 267.

- Medicus, Dieter/ Petersen, Jens Bürgerliches Recht, 25. Aufl., München 2015.
- Messerschmidt, Burkhard/  
Voit, Wolfgang Privates Baurecht, 2. Aufl., München 2012.
- Meyer, Susanne „„Gleichschritt-Rechtsprechung“ und individuelles Aushandeln – Antworten der Praxis auf die Rechtsprechung des BGH zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr“ in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2014, S. 980 – S. 986.
- Meyer-Sparenberg, Wolfgang „Rechtswahlvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1989, S. 347 – S. 351.
- Michaels, Ralf „Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien“, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 73 (2009), S. 866 – S. 888.
- Michalski, Lutz/  
Römermann, Volker „Inhaltskontrolle von Einzelvereinbarungen anhand des AGB-Gesetzes“, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, S. 1434 – S. 1446.
- Miethaner, Tobias „AGB oder Individualvereinbarung – die gesetzliche Schlüsselstelle „im Einzelnen ausgehandelt““, in: Neue Juristische Wochenschrift 2010, S. 3121 – S. 3127.
- Mincke, Wolfgang „Die Parteiautonomie: Rechtswahl oder Ortswahl?“, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechtes 1985, S. 313 – S. 321.
- Moller, Hans „Schiedsverfahrensnovelle und Europäisches Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit“, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2000, S. 57 – S. 112.



- Müller, Werner/  
Griebeler, Carsten/ Pfeil, Julia
- „Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, in: Betriebs-Berater 2009, S. 2658 – S. 2665.
- Müller, Werner/  
Schilling, Alexander
- „AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – eine rechtsvergleichende Betrachtung“, in: Betriebs-Berater 2012, S. 2319 – S. 2324.
- Münchener Kommentar
- Säcker, Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB,
- Band 2, §§ 307 – 309, 7. Aufl., München 2016,
  - Band 10., Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1 – 24), 6. Aufl., München 2015.
- Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
- Band 5, §§ 343 – 406, 3. Aufl., München 2013.
- Kirchhof, Hans-Peter/ Eidenmüller, Horst/ Stürner, Rolf, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung,
- Band 3, §§ 217 – 359 InsO, Art. 103a – 110 EGIInsO, 3. Aufl., München 2014.
- Rauscher, Thomas/ Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung,
- Band 3, §§ 1025 – 1109, 4. Aufl., München 2013.
- Münzberg, Reinhard
- Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Berlin 1970.

Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang	Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 13. Aufl., München 2016.
Nicklisch, Fritz	„Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit bei internationalen Bauverträgen“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1991, S. 89 – S. 91.
Derselbe	„Zum Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen“, in: Betriebs- Berater 1974, S. 941 – S. 949.
Nueber, Michael	„Nochmals: Schiedsgerichtsbarkeit ist vom Anwendungsbereich der ROM I-VO nicht erfasst“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2014, S. 186 – S. 190.
Nussbaum, Arthur	Grundzüge des Internationalen Privatrechts unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen Rechts, Berlin 1952.
Ostendorf, Patrick	„Wirksame Wahl ausländischen Rechts auch bei fehlendem Auslandsbezug im Fall einer Schiedsgerichtsvereinbarung und ausländischem Schiedsort?“, Zeitschrift für Schiedsverfahren 2010, S. 234 – 243.
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl., München 2016.
Pawlowski, Hans-Martin	„Bemerkungen zur Auslegung des AGB- Gesetzes“, in: Betriebs-Berater 1978, S. 161 – S. 164.
Pfeiffer, Thomas	„Die Abwahl des deutschen AGB-Rechts in Inlandsfällen bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 1169 – 1175.
Derselbe	„Neues Internationales Vertragsrecht – Zur Rom I-Verordnung“, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, S. 622 – S. 629.

- Derselbe „Die Entwicklung des Internationalen Vertrags-, Schuld- und Sachenrechts 1997-1999, in: Neue Juristische Wochenschrift 1999, S. 3674 – S. 3687.
- Derselbe „Internationales Vertragsrecht vor Schiedsgerichten – Zur Bedeutung der Rom I-Verordnung in der Schiedsgerichtsbarkeit“, in: Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg.), Deutsches Recht im Wettbewerb – 20 Jahre transnationaler Dialog, Wiesbaden 2009, S. 178 – S. 189.
- Prütting, Hanns/ Wegen, Gerhard BGB Kommentar, 10 Aufl., Köln 2015.  
Weinreich, Gerd
- Prütting, Hanns/  
Gehrlein, Markus ZPO Kommentar, 7 Aufl., Köln 2015.
- Quinke, David „Schiedsvereinbarungen und Eingriffsnormen“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2007, S. 246 – S. 254.
- Derselbe Börsenschiedsvereinbarungen und prozessualer Anlegerschutz, Köln 2005.
- Rabe, Dieter „Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Geschäftsverkehr“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 1978 – S. 1985.
- Raeschke-Kessler, Hilmar/  
Berger, Klaus P. Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 4. Aufl., Köln 2012.
- Raiser, Ludwig Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg vor der Höhe 1961.
- Rauscher, Thomas Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar, Band I, 2. Aufl., München 2006.

- |   |  |
|---|--|
| Derselbe  | Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar, München 2011.  |
| Reithmann, Christoph/<br>Martiny, Dieter                                      | Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl., Köln 2015.  |
| Risse, Jörg   | in: Hoffmann-Becking, Michael/ Rawert, Peter, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 11. Aufl., München 2013.  |
| Ritlewski, Kristoff   | „Die Lex Mercatoria in der schiedsgerichtlichen Praxis“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2007, S. 130 – S. 139.   |
| Rolfs, Christian/<br>Giesen, Richard/<br>Kreikebohm, Ralf/<br>Udsching, Peter | Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 41. Ed., 2016,<br>- VO (EG) 593/2008, Stand: 01.09.2016.   |
| Rühl, Christiane  | Rechtswahlfreiheit und Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Baden-Baden 1999.   |
| Rühl, Gisela  | „Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht“, in: Batge, Dietmar/ von Hein, Jan/ von Hinden, Michael (Hrsg.), Die richtige Ordnung – Festschrift für Jan Kropholler, Tübingen 2008.  |
| Saenger, Ingo   | Zivilprozessordnung FamFG, Europäisches Verfahrensrecht – Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2013.   |
| Sandrock, Otto  | „Neue Lehren zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und das klassische Internationale Privat- und Prozessrecht“, in: Hohloch, Gerhard/ Frank, Rainer/ Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll, Tübingen 2001, s. 661 – S. 689. |

- Derselbe „Welches Kollisionsrecht hat ein internationales Schiedsgericht anzuwenden?“, in: Recht der internationalen Wirtschaft 1992, S. 786- S. 794.
- Derselbe „Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit“, in: Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), Rechtsfortbildung durch Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 1989.
- Derselbe „„Ex aequo et bono“ – und „amiable composition“-Vereinbarungen“, in: Glossner, Ottoarndt (Hrsg.), Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Band 2 (1988), S. 120 – S. 140.
- Derselbe „Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1986, S. 841 – S. 855.
- Schellhammer, Kurt Schuldrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2014.
- Schilf, Sven „Römische IPR-Verordnungen, kein Korsett für internationale Schiedsgerichte“, in: Recht der internationalen Wirtschaft 2013, S. 678 – S. 691.
- Schlachter, Monika in: Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 51, 15. Aufl., München 2015.
- Derselbe „Neues deutsches Recht der Schiedsgerichtsbarkeit“, in: Gottwald, Peter (Hrsg.), Revision des EUGVÜ – Neues Schiedsverfahrensrecht, Bielefeld 2000.
- Schmidt, Hubert „Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2011, S. 3329 – S. 3335.

Schmidt-Ahrendts, Niels/ Höttler, Philipp	„Anwendbares Recht bei Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2011, S. 267 – S. 275.
Schmidt-Jortzig, Edzard	Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat, in: Neue Juristische Wochenschrift 1991, S. 2377 – S. 2383.
Schütze, Rolf A.	Institutionelle Schiedsgerichtbarkeit Kommentar, 2. Aufl., Köln 2011.
Derselbe	Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl., München 2016.
Schulze, Götze	„Billigkeitsentscheidungen im internationalen Schiedsrecht auf der Grundlage von § 1051 Abs. 3 ZPO“, in: Geimer, Reinhold/ Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, S. 875 – S. 886.
Schulze, Rainer/Dörner, Heinrich/ /Ebert, Ina, u.a.	BGB Handkommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2014.
Schulze-Hagen, Alfons	„Unwirksame Bauvertragsklauseln.“, in: Neue Zeitschrift für Baurecht 2016, S. 350.
Schwab, Martin	AGB-Recht, 2. Aufl., Heidelberg 2014.
Schwab, Karl Heinz/ Walter, Gerhard	Schiedsgerichtsbarkeit – Systematischer Kommentar, 7. Aufl., Helbing & Lichtenhahn 2005.
Schwander, Ivo	Einführung in das internationale Privatrecht, 3. Aufl., St. Gallen 2000.
Sieg, Oliver	„Allgemeine Geschäftsbedingungen im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1997, S. 811 – S. 819.

- Silbermann, Linda/  
Ferrari, Franco
- „Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong“, in: Ferrari, Franco/ Kröll, Stefan (Hrsg.), Conflict of Laws in International Arbitration, S. 257 – S. 323.
- Simitis, Spiros
- „Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht“, in: Juristische Schulung 1966, S. 209 – S. 217.
- Solomon, Dennis
- „Das vom Schiedsgericht in der Sache anzuwendende Recht nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts“, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 1997, S. 981 – S. 990.
- Spiegel, Nico
- Kartellprivatrecht in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2000.
- Derselbe
- „Rezession zu Boris Handorn: Das Sonderkollisionsrecht der deutschen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Zur Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts gemäß § 1051 Abs. 1 und 2 ZPO“, in: Zeitschrift für Zivilprozess 2007, S. 382 – S. 386.
- Stauder, Clemens
- „Die Billigkeitsentscheidung in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit – Rechtliche und tatsächliche Probleme des § 1051 Abs. 3 ZPO, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2014, 287 – 293.
- J. von Staudingers
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen:
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305 – 310; UKlaG, Berlin 2013,

- Einleitung zur Rom I-VO; Art. 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 13), Berlin 2016.
- Stein, Friedrich/ Jonas, Martin      Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Tübingen 2013.
- Stoffels, Markus      AGB-Recht, 3. Aufl., München 2015.
- Stoll, Hans      „Rechtliche Inhaltskontrolle bei internationalen Handelsgeschäften“, in: Musielak, Hans-Joachim/ Schurig, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Kegel, Stuttgart 1987, S. 623 – S. 662.
- Derselbe      „Das Statut der Rechtswahlvereinbarung – eine irreführende Konstruktion“, in: Meier, Isaak/Siehr, Kurt (Hrsg.), Rechtskollisionen – Festschrift für Anton Heini, Zürich 1995, S. 429 – S. 444.
- Thode, Reinhold      „Die Rom I-Verordnung“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 449 – 457.
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans      Zivilprozessordnung – Kommentar, 37. Aufl., München 2016.
- Trittmann, Rolf      „Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten“, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1999, S. 340 – S. 364.
- Trogger, Hellwig      Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Wien 2007.
- Ulmer, Peter/ Brandner, Erich/ Hensen, Hort-Diether (Begr.)      AGB-Recht Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG, 12. Aufl., Köln 2016.
- Uffmann, Katharina      „Vertragsgerechtigkeit als Leitbild der Inhaltskontrolle“, in: Neue Juristische Wochenschrift 2012, 2225 – 2230.



- Vogenauer, Stefan in: Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil, Tübingen 2007.
- Voit, Wolfgang „Privatisierung der Gerichtsbarkeit“, in: Juristenzeitung 1997, S. 120 – S. 125.
- von Bar, Christian Internationales Privatrecht Band II, München 1991.
- von Winterfeld, Achim „Noch einmal: Der deutsche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit“, in: Neue Juristische Wochenschrift 1987, 3059 – 3061.
- Vygen, Klaus/ Wirth, Axel/ Schmidt, Andreas Bauvertragsrecht Praxiswissen, 7. Aufl., Köln 2015.
- Wagner, Gerhard „Die neue Rom II-Verordnung“, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2008, S. 1- S. 17.
- Derselbe „Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren: Ein Probierstein für die juristische Methodenlehre, in: Gottwald, Peter/ Roth, Herbert, Festschrift für Ekkehard Schumann, Tübingen 2001, S. 535 – S. 557.
- Wegen, Gerhard in: Baur, Jürgen F./ Sandrock, Otto/ Scholtka, Boris/ Shapira, Amos (Hrsg.), Festschrift für Gunther Kühne, Frankfurt am Main 2009.
- Werner, Ulrich/ Pastor, Walter Der Bauprozess, 15. Aufl., Köln 2015.
- Werner, Rüdiger „Prävention und Lösung von Gesellschafterkonflikten in der GmbH“, in: GmbH-Rundschau 2005, S. 1414 – S. 1419.
- Wichard, Johannes Christian „Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte“, in: Rabels Zeitschrift

	für ausländisches und internationales Privatrecht 60 (1996), S. 269 – S. 302.
Vorwerk, Volkert/ Wolf, Christian	Beck'scher Online-Kommentar ZPO, 22. Ed., Stand: 01.10.2016, München 2016.
Weigand, Frank-Bernd	Practitioner's Handbook on international commercial Arbitration, 2nd Ed., Oxford 2002.
Wirth, Axel/ Würfele, Falk/ Broocks, Stefan	Rechtsgrundlagen des Architekten und Ingenieurs, Wiesbaden 2004.
Wolf, Christian	Die institutionelle Handelsschiedsgerichtsbarkeit, München 1992.
Wolf, Manfred	„Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, in: Juristenzeitung 1974, S. 465 – S. 470.
Derselbe	Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 6. Aufl., München 1987.
Derselbe/Neuner, Jörg	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., München 2016.
Derselbe/ Lindacher, Walter F./ Pfeiffer, Thomas	AGB-Recht Kommentar, 6. Aufl., München 2013.
Zerhusen, Jörg	Fachanwaltsmandat Privates Baurecht, 3. Aufl., Köln 2008.
Zobel, Petra	Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht, Tübingen 2005.
Zypries, Brigitte	„Zur Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland“, in: Zeitschrift für Schiedsverfahren 2009, S. 1 – 3.